

Elmar Schürmann

Die Rechtsnatur der Gründerhaftung
im Aktienrecht

1968

DIE RECHTSNATUR DER GRÜNDERHAFTUNG IM AKTIENRECHT

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaft-
liche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Elmar Schürmann
aus Hannover
1968



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Harry Westermann
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Dietrich Reinicke
Dekan: Prof. Dr. Dieter Nörr
Tag der mündlichen Prüfung: 23. April 1968

Gliederung

	Seite
<u>Literaturverzeichnis</u>	IV
<u>Verzeichnis der Abkürzungen</u>	XXIV
<u>Einleitung</u>	1
§ 1 <u>Bedeutung der Problemstellung</u>	4
§ 2 <u>Streitstand zur Rechtsnatur von § 46 Abs. 1-4</u>	9
I. Deliktshaftung - Begründungsversuche dieser Ansicht und ihre vorläufige Kritik	9
A. Erweiterung allgemeiner Deliktstatbestände?	9
B. Keine Vertragsbeziehungen zwischen Gründern und AG?	12
C. Gesetzliche Pflichten?	15
D. Pflichten gegenüber der Öffentlichkeit	16
E. Rechtslage bei Zusammenwirken aller Gründer?	17
II. Amtshaftung - Kritik dieser Ansicht	18
III. Rechtsscheinhaftung - Kritik dieser Ansicht.	20
IV. Organhaftung	22
V. Vertragshaftung	23
§ 3 <u>Bedeutungszusammenhang und Systematik des Gesetzes</u>	24
I. Gründer	24
II. Verschuldenshaftung	25
III. Schadensersatzanspruch	30
IV. Beweislast	35
V. Verjährung, Gesamtschuldnerhaftung und Gründergenossen	36
VI. Teilergebnis	38
§ 4 <u>Historische Auslegung</u>	38
§ 5 <u>Wertungswiderspruch</u>	42
§ 6 <u>"Nasciturus" - Deliktsansprüche</u>	46
§ 7 <u>Bestimmung der Rechtsnatur aus der Art der Pflichtverletzung</u>	48
I. Methodische Vorfragen	48
II. Gefährdete Interessen	51
III. Geschützte Interessen	53
A. Meinungen zur Schutzrichtung von § 46	53
B. Öffentlichkeitsinteressen und Gründerhaftung	55
C. Anspruch der Gesellschaft	61
IV. Teilergebnis	64

	Seite
§ 8 <u>Pflichtenlage zwischen Gründern und "AG"</u>	64
I. Die Rechtsnatur der Gründung	64
II. Schuldverhältnis aus Geschäftsführung ohne Auftrag	66
III. Pflichtenlage zwischen Gründern, Vorgesellschaft und AG	68
§ 9 <u>Besonderheiten der Gründerstellung</u>	75
I. Doppelinteressen	75
II. Tripelstellung	80
A. Persönliche vertragliche Verpflichtung	80
B. Mitgliedschaftliche Pflichtbindung	81
C. Organähnliche Pflichtbindung	83
III. Teilergebnis	89
§ 10 <u>Treupflichten</u>	90
I. Bezeichnung	90
II. Dogmatik der Treupflichten	90
III. Rechtsgrund der Treupflichten	92
IV. Voraussetzungen und Inhalt der Gründer-treupflichten	93
A. Interessenkollisionen	93
B. Machtlage und Gefahrenlage	94
C. Zweckförderungspflicht	97
D. Organisationspflicht	100
V. Ergebnis zur Treupflichtverletzung	103
§ 11 <u>Einordnung der Haftung aus § 46 Abs. 1 - 4 in das Haftungssystem</u>	104
I. Treupflicht und Schadensersatz	104
II. Haftungsarten	106
A. Culpa in contrahendo	106
B. Positive Forderungsverletzung	109
III. Ergebnis zur Rechtsnatur von § 46 Abs. 1 - 4	110
§ 12 <u>Rechtsnatur der Haftung des Hintermannes (§ 46 Abs. 5)</u>	111
I. Deliktshaftung	111
II. Einzelfragen zu § 46 Abs. 5	113
§ 13 <u>Rechtliche Konsequenzen aus der Rechtsnatur der Gründerhaftung</u>	114
I. Haftung für Gehilfenhandeln	114

	Seite
II. Gerichtsstand	116
III. Angaben "zum Zwecke der Gründung"	116
IV. Gründerhaftung nach allgemeinen Vorschriften	119
A. Haftung gegenüber der Gesellschaft	119
1. Gesetzeskonkurrenzen	119
2. Leistungsstörungsfälle	120
3. Garantiehaftung	123
a) Kritik an einer "Kapital- deckungszusage"	123
b) Kritik an einer Erweiterung des Verbotes der Unterpariemission	127
c) Kritik an einer "subsidiären Bar- zahlungspflicht"	129
4. Werthftung in § 27 Abs. 2 S. 3	130
5. Gewährleistungsfälle	131
B. Haftung gegenüber Mitgründern, Aktionären und Dritten	133
1. Allgemeines	133
2. Besondere Rechtsverhältnisse	135
3. Analogie zu § 93 Abs. 5	136
§ 14 <u>Gründerhaftung im Recht der GmbH</u>	139
I. Spezialinstitute des GmbH-Rechtes	139
II. Analogie zur Gründerhaftung im Aktienrecht	140
A. Allgemeines	140
B. § 46 Abs. 5	141
C. § 46 Abs. 2 - 4	142
D. Sonderregelung in § 9 Abs. 1 GmbHG (§ 46 Abs. 1 AktG)	144
III. Mehrheitsrecht	146
§ 15 <u>Gründerhaftung in anderen Gesellschaftsformen</u>	146
I. Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	146
II. Genossenschaft	148
§ 16 <u>Entwicklungstendenzen im Gründungsrecht</u>	149
<u>Anhang</u>	154
Die Entwicklung der Gründerhaftung (1884-1965); dargestellt anhand der Vorschriften	

Literaturverzeichnis

- Apelt, Werner Die Gründung von Aktiengesellschaften und die Beteiligung von juristischen Personen, Offenen Handelsgesellschaften, Gesellschaften bürgerlichen Rechts und nicht rechtsfähigen Vereinen bei der Gründung; Diss. jur. Greifswald 1919
- Bachhof Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in Festschrift für Walter Jellinek, S. 287 ff, München 1955
- Balastèr Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften; in Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Neue Folge, Heft 136, Aarau 1953
- Ballerstedt Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949; zit.: Kapital
- ders. Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, in AcP 151 (1950/1951), S. 501 ff
- ders. Gründungser schwerungen für Gesellschaften m.b.H.? GmbHRSch 1952, 1 ff
- ders. Die Rechtsstellung des Auftraggebers eines Strohmannes nach GmbH-Recht, in JZ 1960, 513 ff
- ders. Besprechung zum Großkommentar AktG, 2. Aufl. (1961), in ZHR 127 (1964/1965), 92 ff; zit.: Besprechung
- ders. 75 Jahre GmbHG, in GmbHRSch 1967, 66 ff
- Ballerstedt - Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 44. dtsh. Juristentages, Bd. I, 5. Teil, Tübingen 1962; zit.: Gutachten
- Balser Die Aktiengesellschaft nach dem neuen Aktiengesetz insbesondere im Handelsregisterverkehr, Bd. I, Baden - Baden 1966; zit.: Aktiengesellschaft
- Bärmann Die Willensbildung in den europäischen Aktienrechten, Schriftreihe der jur. Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 58/59, Karlsruhe 1964

- Barz, Fischer, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling, Schmidt
dies. Aktiengesetz Großkommentar, I. Bd., 2. Auflg., Berlin 1961; zit.: Großkomm.-(Bearbeiter)
II. Bd., Berlin 1965; zit.: Großkomm.-(Bearbeiter)
- Barz Know-how als Einbringungsgegenstand, S. 157 ff in Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959
- ders. Geldeinzahlungen der Gesellschafter vor Eintragung der GmbH, in GmbHRSch 1962, 189 ff
- ders. Die Reform des GmbH-Rechts, in GmbHRSch 1963, 124 ff
- Baumbach-Hueck Kurzkommentar zum Aktiengesetz, begründet von Baumbach, fortgeführt von Alfred Hueck unter Mitarbeit von Götz Hueck, 12. Auflg., München, Berlin 1965; zit.: Komm. AktG
- dies. Kurzkommentar zum GmbHG, begründet von Baumbach, fortgeführt von Alfred Hueck, 12. Auflg. München, Berlin 1966; zit.: Komm. GmbHG
- Bayer Die Rechtsnatur und Rechtsstellung der Gründervereinigung der AG und GmbH, Diss. jur. München 1949
- Behrend Lehrbuch des Handelsrechts, I. Bd., Abtlg. II, Berlin 1896
- Bergmann Sacheinlagen bei der GmbH, Diss. jur. Köln 1932
- ders. Über den Mißbrauch gesellschaftlicher Machtstellungen, in ZHR 105 (1938), 1 ff
- Bernhardt Haftung aus Verträgen des Strohmannes, in JW 1938, 2529 ff
- Boehmer Grundlagen des bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Abtlg., Tübingen 1951, zit.: Grundlagen
- ders. Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Auflg., Tübingen 1965; zit.: Einführung
- Boesebeck Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften (Zugleich ein Beitrag zum Recht der Kommanditgesellschaften), Frankfurt a.M. 1937; zit.: Betrachtungen
- ders. Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt a.M. 1938; zit.: Kapitalistische KG

- ders. Anmerkung zu einer Entscheidung des RG, in DR 1939, 320 ff
- ders. Anmerkung zu einer Entscheidung des RG, in DR 1939, 434 ff
- ders. Rechtliche und soziologische Betrachtungen zur Aktienrechtsreform, in Volkswirt 1954, Nr. 18, S. 13 ff
- Bösselmann Die Entwicklung des deutschen Aktienwesens im 19. Jahrhundert, Berlin 1939; zit.: Aktienwesen
- Bitter, Schall, Zenetti Vom Reichsgericht, in JW 1934, 586 ff
- Brand Das Handelsgesetzbuch unter Ausschluß des Seerechts, Berlin 1911; zit.: Komm. HGB
- Breucker Die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen, Quakenbrück 1934; zit.: Verjährung
- Brodmann Gewerbe- und Industriekommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin, Leipzig 1930; zit.: Komm. AktG
- ders. Gewerbe- und Industriekommentar zum GmbHG, Berlin, Leipzig 1930; zit.: Komm. GmbHG
- Brox Probleme der Entlastung im Gesellschaftsrecht, in BB 1960, 1226 ff
- ders. Die Anfechtung von Dauerrechtsverhältnissen, in BB 1964, 323 ff
- ders. Die Zusammensetzung des ersten Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, in AG 1966, 347 ff
- Brunner Die zivilrechtliche Haftung der Gründer für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der Aktiengesellschaft und der GmbH, Diss. jur. Mainz 1954
- Bruns Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, S. 3 ff in Festschr. für Nipperdey, Bd. I, Berlin, München 1965
- v. Caemmerer Wandlungen des Deliktsrechts, S. 49 ff, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschr. zum 100-jährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960
- Coing Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, in Frankfurter Universitätsreden, Heft 17, Frankfurt a.M. 1955, zit.: Bedeutung des Systemgedankens
- Cosack Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., Stuttgart 1903

- Grisolli Die Rechtsnatur der Sacheinlageverpflichtung eines Aktionärs. Gibt es bei ihr einen Schadensersatzanspruch, eine Wandlung oder Minderung? in ZHR 93 (1929), 226 ff
- ders. Anmerkung zu einem Urteil des KG, in JW 1934, 1124 f
- ders. Auswirkungen der neuen Rechtsanschauungen im Handelsrecht, in JW 1935, 8 ff
- Danielcik Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, erläutert von Hans Peter Danielcik, Stilkes Rechtsbibliothek, Berlin 1937
- Däubler Die GmbH in Frankreich, in GmbHRsch 1964, 133 ff
- Dempewolf Buchbesprechung von Lutter (s. dort), in NJW 1965, 485 f
- Dernburg Die Allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, I. Bd., 2. Aufl., Halle a.S. 1902; zit.: Allgemeine Lehren
- Deumer Das Recht der eingetragenen Genossenschaften, München, Leipzig 1912
- Deutsch Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, in JZ 1963, 385 ff
- Deutscher Juristentag Vgl. Verhandlungen
- Deynet Die Rechtsstellung des nasciturus und der noch nicht erzeugten Person im deutschen, französischen, englischen und schottischen Recht, Berlin 1960; zit.: nasciturus
- Diederich Die Haftung aus der Gründung einer GmbH unter Berücksichtigung der Haftungsgestaltung des ausländischen Rechts, Diss. jur. Rostock 1929
- Diederichsen Das Zusammentreffen von Ansprüchen aus Verschulden bei Vertragsschluß und Sachmängelansprüchen, in BB 1965, 401 ff
- Dietz Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn 1934, zit.: Anspruchskonkurrenz
- ders. Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, in Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, Berlin, Tübingen 1962; zit.: Landesreferate

- Döllerer Gläubigerschutz und Aktionärschutz im neuen Aktienrecht - ein Scheingegensatz, in BB 1966, 629 ff
- Dorpalen Die Treupflicht des Aktionärs, in ZHR 102 (1936), 1 ff
- Dregger Haftungsverhältnisse bei der Vorgesellschaft; Die Rechtswirkungen der für AG, GmbH, Gen und Verein vor der Registereintragung vorgenommenen Rechtshandlungen, Köln 1951; zit.: Vorgesellschaft
- Dreiß Die Gründerhaftung für Überbewertung von Sacheinlagen bei der GmbH, Diss. jur. Tübingen 1931
- Duden Juristentag und Aktienrecht, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschr. zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 87 - 100
- Dülfer Die Aktienunternehmung, Eine betriebswirtschaftlich - morphologische Betrachtung der AG und ihrer Ordnungsprobleme im Hinblick auf eine Reform des AG-Rechts, Göttingen 1962; zit.: Aktienunternehmung
- Durand L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, S. 133 ff, in Festschr. für Ripert, Bd. I (Tome I), Paris 1950
- Düringer - Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, Kommentar, II. Bd., 1. Teil, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1934; zit.: Komm. HGB
- Bing, Flechtheim
- Ehrenzweig Die Schuldhafung im Schadensersatzrecht, Wien 1936; zit.: Schuldhafung
- Eichler Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1956; zit.: Vertrauen
- ders. Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung, in AcP 162 (1963), 401 ff
- ders. Die Einheit des Privatrechts, Grundsätzliche Bemerkungen zur Abgrenzung vom bürgerlichen Recht zum Handelsrecht, in ZHR 126 (1964), 181 ff
- Eltzbacher Deutsches Handelsrecht, Berlin 1925
- Empfehlungen Empfehlungen des VII. Internationalen GmbH-Kongresses in Köln, in GmbHRSch 1962, 112 ff
- Engisch Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935

- ders. Einführung in das juristische Denken, 2. Auflg. Stuttgart 1959; zit.: Einführung
- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff, 15. Bearbeitung von Nipperdey, I. Bd., 1. Halbband, 15. Auflg., Tübingen 1959
- Entwurf Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung, Berlin 1888
- Erlinghagen Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, in GmbHRSch 1962, 169 ff
- Erman Zur Frage der Haftung der Hintermänner überschuldeter Gesellschaften, in KTS 1959, 132 ff
- ders. Besprechung von Dregger (s. dort), in AcP 152 (1962), 281 ff
- Esser Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflg., Karlsruhe 1960
- Fabricius Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. 1 BGB, in AcP 160 (1961), 273 ff
- ders. Relativität der Rechtsfähigkeit; ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, München, Berlin 1963; zit.: Rechtsfähigkeit
- Fechner Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942; zit.: Treubindungen
- Fehrensen Treupflicht des Großaktionärs, Diss. jur. Göttingen 1965
- Feine Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 3. Abtlg., Leipzig 1929
- Fikentscher Das Schuldrecht, Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. 2, Berlin 1965
- Finke Handwörterbuch des Versicherungswesens, Bd. I, Darmstadt 1958
- Fischer, Rudolf Die Aktiengesellschaften, in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Bd., 1. Abtlg., Leipzig 1916
- Fischer, Robert Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, in NJW 1954, 777 ff
- ders. Fragen aus dem Recht der GmbH, in JZ 1954, 426 ff

- Flume Grundfragen der Aktienrechtsreform, Düsseldorf 1961; zit.: Aktienrechtsreform
- ders. Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, in AcP 161 (1962), 52 ff
- ders. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965; zit.: Rechtsgeschäft
- Freytag Die Haftung für Sacheinlagen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss. jur. Greifswald 1939
- Froebel Der Gläubigerschutz im neuen Aktienrecht, Diss. jur. Heidelberg 1937
- Fromm Vergl. Finke
- Gadow Die Einrede der Arglist, in Jhrg. Jahrb.84 (1934), 174 ff
- Gadow, Heinichen, Großkommentar Aktiengesetz, Berlin 1939;
E. Schmidt zit.: Großkomm.-(Bearbeiter) (1939)
W. Schmidt, Weipert
- Gannsmüller Die werbende Vor-GmbH, in GmbHRsch 1953, 116 ff
- ders. Die Rechtsnatur der Vorgesellschaften, in NJW 1956, 1186 ff
- ders. Fragen aus dem Recht der Vorgesellschaften, in GmbHRsch 1967, 25 ff u. 75 ff
- Georgakopoulos Die Gründung der AG; zugleich ein Versuch eines Beitrages zur Lehre von der jur. Person, Hamburg 1959; zit.: Gründung
- Gessler Das neue Aktienrecht, in BB 1965, 677 ff
- ders. Der Bedeutungswandel der Rechnungslegung im Aktienrecht, in Festschr. 75 Jahre Deutsche Treuhandgesellschaft, Frankfurt a.M. 1966, S. 129-164
- ders. Aktuelle gesellschaftsrechtliche Probleme, Beiträge zum AktG 1965, Schriftenreihe "Der Betrieb", Heft II, S. 1 - 8
- v. Gierke, Otto Deutsches Privatrecht, I. Bd., Leipzig 1895
- ders. Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, Berlin 1897; zit.: Genossenschaftstheorie
- v. Gierke, Julius Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 6. Auflg., Berlin 1949
- ders. Der Treuegedanke im deutschen Privatrecht, Besprechung von Alfred Hueck (s. dort), in ZHR 111 (1949), 190 ff

- Glagau Der Börsen- und Gründungsschwindel in Berlin, Leipzig 1876
- v. Godin-Wilhelmi Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaft auf Aktien, Kommentar, 2. Auflg., Berlin 1950
- dies. Aktiengesetz, Kommentar, 3. Auflg., bearbeitet von Hans Wilhelmi und Sylvester Wilhelmi, Bd. I und Bd. II, Berlin 1967
- Goerdeler-Ulmer Der Stiftungszweck in der Reform des Stiftungsrechts, in AG 1963, 292 ff und 328 ff
- Goerdeler Probleme der Sachgründung bei der Reform des GmbH-Rechts, S. 138 ff in Festschr. für Walter Schmidt, Berlin 1959
- Goldmann, Samuel Das Handelsgesetzbuch, II. Bd., Berlin 1905
- Goldschmit, Friedrich Die Aktiengesellschaft, Handausgabe mit Erläuterungen, München 1927
- Gottschling Zur Schadensersatzpflicht der Gesellschafter - Geschäftsführer bei falscher Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG (geleistete Mindesteinlage), in GmbHRsch 1961, 83 ff
- Gröning Wird ein GmbH-Gesellschafter von seiner Geldeinlageverbindlichkeit befreit, wenn er Einzahlungen auf seine Stammeinlage leistet, bevor die GmbH in das Handelsregister eingetragen worden ist? Diss. jur. Köln 1966
- Großkomm. Vergl. Barz u.a.
- Großkomm. (1939) Vergl. Gadow u.a.
- Gruber Probleme der Sachgründung einer GmbH, Diss. jur. München 1959
- Guhl Das schwz. Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- Wechsel- und Versicherungsrechts, 4. Auflg., Zürich 1948
- Gutenberg Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, I. Bd., Die Produktion, 10. Auflg., Berlin, Heidelberg, New York 1965 und 4. Auflg., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1958
- Haberkorn Rechtliche Struktur der werdenden Kapitalgesellschaft, in BB 1962, 1408 ff
- Hachenburg Aus dem Rechte der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in LZ 1909, 15 ff

- Hachenburg, Bing, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, I. Bd., 5. Auflg., Berlin, Leipzig 1926; zit.: Komm. GmbHG; 6. Auflg.: vergl. Schmidt
- Hahn-Mugdan Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Bd., Materialien zum HGB, Berlin 1897; zit.: Materialien
- Hämmerle Handelsrecht II. und III. Teil, Graz, Wien, Köln 1959/1960
- Hanau Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, ein Beitrag zur Kritik der "stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen", in AcP 165 (1965), 220 - 284
- Handbuch Vergl. Finke
- Hassemer Treuhandverhältnis zwischen Auftraggeber und Hintermann bei der GmbH, in GmbHRSch 1962, 10 ff
- Hauke Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, Handlungsfähigkeit, eine analytisch-dogmatische Studie, Berlin 1928
- Haussmann, Fritz Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928; zit.: Vom Aktienwesen
- Haussmann, Hermann Die Gründung der AG; Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der jur. Konstruktion und zur Lehre von der juristischen Person, Diss. jur. Jena 1911
- Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Hefermehl, Del Mar-Jura Europae, Bd. I, Gesellschaftsrecht, mol, Dabin, Bastian, Loseblattdarstellung, München, Berlin, Colombo, Rotondi, Paris, Stand 1964; zit.: Jura Europae
- Delvaux, van der Grinten
- Heim Die Rechtsstellung des Emissionshauses bei der Einführung der Aktien in den Verkehr, Marburg 1909; zit.: Emissionshaus
- Henzler Bewertungsgrundsätze im deutschen und englischen Aktienrecht, Diss. jur. Hamburg 1966
- Herbig Ein Beitrag zum Recht der Sacheinlage, in DNotZ 1936, 332 ff.
- Herold, Hans Zwingendes Aktienrecht, Untersuchungen über das Wesen des zwingenden Privatrechts, Aarau 1931, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 27, Aarau 1931

- Herzfelder Stimmrecht bei Interessenkollisionen in den Personenverbänden des deutschen Privatrechts, München 1927; zit.: Stimmrecht
- Heymann Die Haftung der Aktionäre und Dritter für gesellschaftsschädliche Handlungen, S. 221 ff in Festgabe für Karl Wieland, Basel 1934
- Hoffmann Voreinzahlungen auf Anteile an Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, in AG 1963, 261 ff
- Hofmann Zum "Durchgriffs"-problem bei der unterkapitalisierten GmbH, in NJW 1966, 1941 ff
- Homburger Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft, München 1906
- Höppner Praxis des Aktienrechts, Hamburg 1935
- Horn Die Vorgesellschaft in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, in NJW 1964, 86 ff
- Hubmann Der Treuegedanke im Aktienrecht, Diss. jur. München 1948
- ders. Grundsätze der Interessenabwägung, in AcP 155 (1956), 85 ff
- ders. Besprechung von Küster (s. dort) in ZHR 116 (1954), 41 ff
- Hübner Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, S. 373 ff in Festschr. für Nipperdey, Bd. I, München, Berlin 1965
- Hueck, Alfred Die Sittenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaften und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, IV. Bd., Berlin, Leipzig 1929; zit.: Reichsgerichtspraxis
- ders. Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947
- ders. Anmerkung zu einem Urteil des OLG München vom 18.7.1955, in JZ 1956, 61 f
- ders. Gesellschaftsrecht, Kurzlehrbuch, 13. Aufl., München, Berlin 1965
- Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München, Berlin 1958
- Janberg Die Verwertung von Gesellschaftsmänteln, in GmbHRSch 1952, 133 ff
- Jura Europae Vergl. Hefermehl u.a.

- Katona Das Verhalten der Verbraucher und Unternehmer, Über Beziehungen zwischen Nationalökonomie, Psychologie und Sozialpsychologie (Psychological Analysis of Economic Behaviour), Tübingen 1960
- Kalvermann-Hallstein Die Berichtigung des Gesellschaftskapitals, Frankfurt a.M. 1942
- Kayser Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884 mit Erläuterungen, Berlin 1884; zit.: Erläuterungen
- Kersten Stiftung und Handelsgeschäft, ein Beitrag zur Unternehmensstiftung und ihren Erbscheinungsformen, S. 123 ff in Festschr. für den 45. Dtsch. Juristentag, überreicht von der jurist. Studiengesellschaft Karlsruhe, 1964
- Keynes, John Maynard Das Ende des Laissez - Faire, Ideen zur Verbindung von Privat- und Gemeinwirtschaft, München, Leipzig 1926
- Kipp - Coing Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff, 5. Bd., 11. Bearbeitung von Coing, 1960
- Kisch Das Recht des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, Berlin 1951; zit.: Versicherungsverein
- Klein, Franz Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaften, Wien 1904; zit.: Aktiengesellschaften
- Knöpfel Die Treupflicht im Recht der GmbH, Diss. jur. München 1954
- Knöpfle Die Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, in NJW 1967, 697 ff
- Köbele Die Versicherungsaktiengesellschaft zwischen Aktiengesellschaft und Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, Diss. jur. Freiburg 1965
- Kohler, Josef Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, Berlin 1904
- Krönig Die Beweislast bei vertraglichem und ausservertraglichem Verschulden sowie bei positiver Vertragsverletzung, in MDR 1953, 647 ff
- Kronstein-Claussen Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht; Bd. 13 der Schriften für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, Frankfurt a.M. 1960; zit.: Publizität

Kropf	Aktiengesetz, Textausgabe mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965
Kuhn, Georg	Die Vorgesellschaft, in WM 1956, Beilage 5, S. 3 ff
Kuhn, Ottmar	Strohmänngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
Kühn, Manfred	Der Minderheitenschutz in der GmbH, in GmbHRSch 1965, 132 ff
Kühlewein	Die Verantwortlichkeit der Arbeitnehmer - vertreter im Aufsichtsrat, in NJW 1953, 647 ff
Küster	Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts im deutschen Gesellschaftsrecht, Berlin 1954; zit.: Rechte der Gesellschafter
Kutzenberger	Mitbestimmung der Aktionäre, ein wirtschaftswissenschaftlicher Beitrag zur Aktienrechtsreform, Berlin 1965; zit.: Mitbestimmung
Lange	Sacheinlagen bei den privatrechtlichen Korporationen, Diss. jur. Halle 1936
Larenz	Die Lehre von der Rechtsgemeinschaft, in Ihrg. Jahrb. 83 (1933), 108 ff
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960; zit.: Methodenlehre
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil, 7. Auflg., München, Berlin 1964
ders.	Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, in NJW 1965, 1. ff
Laute	Der Schutz des Stammkapitals der GmbH, Diss. jur. Köln 1941
Lehmann, Karl	Das Recht der Aktiengesellschaften, I. Bd., Berlin 1898
Lehmann-Ring	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Bd., 2. Auflg., Berlin 1913
Lehmann-Hoeningner	Lehrbuch des Handelsrechts, I. Halbband, 3. Auflg., Berlin, Leipzig 1921
Lehmann, Heinrich	Gesellschaftsrecht, 2. Auflg., Berlin, Frankfurt a.M. 1959
Liebmann-Saenger	Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage, Berlin 1927

- Löhlein Treupflicht des Aktionärs? in JR 1950, 497 ff
- Löwenfeld Das Recht der Aktiengesellschaft, Berlin 1897
- Lutter Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964
- Makower Kommentar zum Handelsgesetzbuch, I. Bd., 13. Auflg., Berlin 1906
- Maler Einführung in die Versicherungswirtschaft, Allgemeine Versicherungslehre, 2. Auflg., Berlin 1964; zit.: Versicherungswirtschaft
- Mann Die Sachgründung im Aktienrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1934
- Martens Die Aktiengesellschaft in der Kritik der ersten drei Viertel des 19. Jahrhunderts und ein Beitrag zu ihrer Geschichte, Diss. jur. Kiel 1934
- Materialien Vergl. Hahn - Mugdan
- Mayer - Maly Vertrag und Einigung, S. 509 ff in Festschr. für Nipperdey, Bd. I, München, Berlin 1965
- Menzel - Kuhn Kommentar zur Konkursordnung, 7. Auflg., Berlin, Frankfurt a.M. 1962
- Mestmäcker Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre; eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, Karlsruhe 1958; zit.: Rechte der Aktionäre
- ders. Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, in JUS 1963, 417 ff
- Meyer-Meulenbergh Kurzkomentar zum Genossenschaftsgesetz, 10. Auflg., München, Berlin 1965
- Möhring Das neue Aktienrecht, in NJW 1966, 1 ff und 87 ff
- Morandière, Rodière, Honin Droit Commercial, Tome 1, Paris 1958
- Morant Die Gründung der AG nach neuem Recht, insbesondere Gründerverantwortlichkeit nach Auflösungsklage, Diss. jur. Bern 1939
- Moreau La Société anonyme, Traité pratique, Deuxième édition, Tome 1, Paris 1954
- Müller-Erbach Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905; zit.: Grundsätze

- ders. Kundgebungen im fremden Interessenbereich, in Inhr. Jahrb. 83 (1933), 287 ff
- ders. Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948
- Müller-Freienfels Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
- Naendrup Rechtsscheinswirkungen im Aktienrecht, Arbeiten zum Handelsrecht, Nr. 62, Bd. II, aus Naendrup, Rechtsscheinswirkungen, Marburg 1931, S. 825 ff; zit.: Rechtsscheinswirkungen
- Nieden Die privatrechtliche Haftung für Gründungsvorgänge nach deutschem Aktienrecht, Diss. jur. Leipzig 1902
- Obermüller, Werner, Winden Aktiengesetz 1965, Bd. I, Erläuterungen mit praktischen Hinweisen, Stuttgart 1965, zit.: Erläuterungen
- Palandt Kurzkomentar zum BGB, bearbeitet von Dankelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach, 24. Aufl., München, Berlin 1965
- Parisius-Grüger Das Rechtsgesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Systematische Darstellung und Kommentar, Berlin 1893
- Pennington Entwicklungstendenzen im englischen Aktienrecht, in ZHR 126 (1964), 337 ff
- Perl Das Recht des Aufsichtsrates einer AG, in Gruchot 27 (1883), 338 ff
- Planck Kommentar zum BGB, bearbeitet von Strohal, I. Bd., 4. Aufl., Berlin 1913
- Prölß Kurzkomentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, 5. Aufl., München, Berlin 1966
- Raape Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung; Zugleich ein Beitrag zur Überlassung von Sachen gefahrdrohender Beschaffenheit, in AcP 147 (1941), 217 ff
- Raisch Die Abgrenzung des Handelsrechts vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert, Beiheft 27 zu ZHR, Stuttgart 1962
- ders. Zu den grundsätzlichen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen Aktiengesetz, in JZ 1966, 501 ff und 549 ff
- Rasch Besprechung von Ottmar Kuhn (s. dort), in AcP 164 (1964), 549 ff

- Rathenau Vom Aktienwesen; eine geschäftliche Betrachtung, Berlin 1917; zit.: Aktienwesen
- Rauch Grundkapital und Gesellschaftsvermögen, in Schmollers Jahrbuch, Bd. 67 (1943), 559 ff
- Reinecke Rückgriffshaftung bei der Vorbereitungs- gesellschaft, in AG 1962, 66 ff
- Reinhardt Die für die Ordnung der Wirtschaft maßge- benden Rechtsgrundsätze und die Rechtsfor- men der Mitbestimmung, S. 234 ff in Fest- schr. für Nipperdey, München, Berlin 1955
- ders. Gedanken zum Identitätsproblem bei der Ein- manngesellschaft, S. 236 ff in Festschr. für Heinrich Lehmann, II. Bd., Berlin, Tü- bingen, Frankfurt 1956
- ders. Aktienrecht und Eigentumsordnung, S. 23 ff in Festschr. für Walter Schmidt, Berlin 1959
- ders. Privates Unternehmen und öffentliches In- teresse, S. 439 ff in Festschr. für Alfred Hueck, München, Berlin 1959
- Reichsgerichts- räte Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, her- ausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Bd., 1. Teil, 11. Auflg., Berlin 1959; zit.: RGRK-(Bearbeiter)
- Renaud Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Auf- lg., Leipzig 1875
- Riedel, Rabe Die Vorhaftung bei der Vorgesellschaft, in NJW 1966, 1004 ff
- Riesser Die Neuerungen im Deutschen Aktienrecht, Berlin 1899
- Ripert Traité élémentaire de droit commercial, quatrième édition, Paris 1959
- Ritter Aktiengesetz, Kommentar, 2. Auflg., Berlin München 1939
- Rosenberg Die Beweislast, 4. Auflg., München, Berlin, 1956
- Ruth Anmerkung zu einem Urteil des RG, in JW 1934, 2687 ff und JW 1937, 685 ff
- Schilling Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts, in JZ 1953, 489 ff
- Schlegelberger- Quassowski-Herbig Geßler-Hefermehl Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflg., Ber- lin 1937; zit.: Schlegelberger - Quassows- ki, Komm. AktG
- Schmalenbach Die Aktiengesellschaft, Köln, Opladen 1950

- Schmidt, Kurt Die Genossenschaft; ihre Geschichte, ihr Wesen und Recht und ihre Entwicklung in Deutschland, Berlin 1950
- Schmidt, Richard- Die Gründerverantwortlichkeit, Berlin 1898
- Schmidt, Walter- Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, begründet von Hachenburg (früher Staub-Hachenburg), Goerdeler I. Bd., 6. Auflg., Berlin 1956
- dies. und Klug II. Bd., 6. Auflg. Berlin 1959; zit.: (Be-arbeiter) in Hachenburg
- Schmitthoff Das Prinzip der gesamtwirtschaftlichen Ver-antwortlichkeit im englischen Aktienrecht, in AcP 163 (1964), 46 ff
- Schnorr v. Ca- Bemerkenngen zum Aktienrecht, in DNotZ 1963, rolsfeld 404 ff
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbHG, 2. u. 3. Auflg., Köln 1950; 5. Auflg., Köln-Marienburg 1964; zit.: Komm. GmbHG, 2. Auflg., Köln 1950; zit.: Komm. GmbHG, (5. Auflg.)
- ders. Die Haftung der Gründergesellschaft, in JW 1938, 3149 ff
- Scholz, Robert Sacheinlagen der GmbH, in GmbHRSch 1957, 65 ff
- Schönle Der Entlastungsbeschluß im deutschen Ge-sellschaftsrecht, in ZHR 126 (1964), 199 ff
- ders. Die Haftung des GmbH-Gesellschafters für mangelhafte Sacheinlagen, in NJW 1965, 2133 ff
- Schucany Kommentar zum schwz. Aktienrecht, Schwz. Obligationenrecht, 26. und 27. Titel, 2. Auflg., Zürich 1960
- Schumann Handelsrecht, Bd. I, Handelsstand und Han-delsgesellschaften, Wiesbaden 1954
- Sébag La condition juridique des personnes physi-ques et des personnes morales avant leur naissance, thèse de doctorat, Paris 1938; zit.: Diss. jur. Paris 1938
- Selb Schädigung des Menschen vor der Geburt - ein Problem der Rechtsfähigkeit?, in AcP 166 (1966), 77ff
- Siebel Fragen zur Vereinheitlichung des Aktien-rechts, Beiheft 21 zu ZHR, Stuttgart 1954
- Silbernagel Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Recht, Berlin 1907; zit.: Gründung

- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, I. Bd., Stuttgart 1959; II. Bd., Stuttgart 1962
- Spitzbarth Die rechtliche Stellung des Generalbevollmächtigten, in BB 1962, 851 ff
- Staub Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, S. 29 ff in Festschr. für den 26. Dtsch. Juristentag, Berlin 1902
- ders. Kommentar zum HGB, I. Bd., 6. und 7. Auflg., Berlin 1900
- ders. Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1903; zit.: Komm. GmbHG
- Staub's Kommentar zum HGB, bearbeitet von Koenige, Stranz, Pinner, I. Bd., 8. Auflg., Berlin 1906; zit.: Staub-(Bearbeiter), 12. und 13. Auflg., II. Bd., Berlin, Leipzig 1926
- Staub-Hachenburg Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von Hachenburg unter Mitarbeit von Bing und Walter Schmidt II, I. Bd., 5. Auflg., Berlin, Leipzig 1926
- Staudinger Kommentar zum BGB, bearbeitet von Wilhelm Weber, II. Bd., Teil 1 b, 11. Auflg., § 242 BGB, Berlin 1961 und V. Bd., 2. Teil, 10./11. Auflg., Berlin 1960
- Steinkrauß Der Rechtsanschein des Vermögens der Aktiengesellschaft; Rechtsscheinsforschungen, herausgegeben von Naendrup, Heft 4, Münster 1939
- Stenographische Berichte Stenographische Berichte von den Sessionen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, Aktenstück 21, II. Bd., Berlin 1884, S. 215 - 443
- Stoll, Hans Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, S. 739 ff in Festschr. für Nipperdey, I. Bd., München, Berlin 1965
- Stolz Die Gründerhaftung im Aktienrecht und nach dem Rechte der GmbH, Diss. jur. Tübingen 1922
- Sudhoff Die "Haftung" aus Gründung einer GmbH, in GmbHRSch 1965, 108 ff
- Suhr Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, Hamburg 1966, zit.: Aktieneigentum
- Takaki, Kirischo Die Rechtsverhältnisse der AG bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister und die Haftung der Gesellschafter aus der Gründung und aus der Zeichnung; Diss. jur. Heidelberg 1906

- Teichmann - Koehler Aktiengesetz, Kommentar, 3. Aufl., Heidelberg 1950
- Titze Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1948; zit.: Schuldrecht
- Ulbrich Bedeutung und Anrechnung von Leistungen auf GmbH-Stammeinlagen im Gründungsstadium, Diss. jur. München 1965
- ders. Anrechnung freiwilliger Voreinzahlungen in Geld, wenn dafür der GmbH Sachwerte zufließen, in GmbHRsch 1966, 239 ff
- Verhandlungen Verhandlungen des 14. Deutschen Juristentages, 2. Bd., Berlin 1879
- Vogel GmbH-Gesetz, Kommentar, Berlin, Frankfurt a.M. 1951
- Voss Gründervorteile und Gründerlohn als verdeckte Gewinnausschüttung, in GmbHRsch 1965, 37 ff
- Westermann Interessenkollisionen und richterliche Wertung bei Sicherungsrechten an Fahnris und Forderungen; Schriftenreihe der jur. Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 11, 1954; zit.: Interessenkollisionen
- ders. Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht; Schriften zur Förderung der Westf. Wilhelms - Universität zu Münster, Münster 1955; zit.: Streitentscheidung
- ders. Anpassung der Auslegungsmethode an die Eigenart des auszulegenden Willensaktes, S. 281 ff in Festschr. der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes NRW zu Ehren von Karl Arnold, Köln, Opladen 1959; zit.: Festschrift NRW (Karl Arnold)
- ders. Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens, in StuR, Bd. 5, (1960), 57 ff
- ders. Haftung für fremdes Handeln, in JUS 1961, 333 ff und 382 ff
- ders. Die Verantwortung des Vorstandes der Aktiengesellschaft, S. 251 ff in Freundesgabe der Wissenschaft für Ernst Helmut Vits, Frankfurt a.M. 1963; zit.: Festschr. für Vits
- ders. Einheit und Vielfalt der Wertungen in der Irrtumslehre, in JUS 1964, 169 ff

- Westermann-
Lepsien Die sogenannten Auslaufmandate nach dem
Aktiengesetz 1965, Zugleich einige Bemerkungen zur Auslegungsmethode, in NJW 1966,
430 ff
- Wieczorek Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen, Kom-
mentar, Bd. I, Teil 1, Berlin 1957
- Wieland, Karl Handelsrecht, II. Bd., Kapitalgesellschaften,
München, Berlin 1931
- Wiener Die Errichtung der AG und die Gründerver-
antwortlichkeit, in ZHR 24 (1879), 1 ff
- ders. in ZHR 25 (1880), 1 ff
- v. Wiese und Der Einfluß der psychologischen Faktoren
Kaiserswaldau auf die Kapitalbildung der Gegenwart; Gut-
achten der Konferenz von Eilsen, 2. Teil,
S. 204 ff, Berlin 1930
- Wiethölter Interessen und Organisation der Aktienge-
sellschaft im amerikanischen und deutschen
Recht, Karlsruhe 1961; zit.: Aktiengesell-
schaft
- ders. Die Gründungskontrolle bei Aktiengesell-
schaften, in Deutsche Landesreferate zum
VI. Internationalen Kongreß für Rechtsver-
gleichung in Hamburg 1962, S. 226-241;
zit.: Gründungskontrolle
- Wildi Die Gründerverantwortlichkeit in dem schwei-
zerischen Aktiengesellschaftsrecht, Diss.
jur. Bern 1909
- Wilhelmi Das neue Aktiengesetz, in AG 1965, 153 ff
und 187 ff
- Wolany Rechte und Pflichten der Gesellschafter
einer GmbH, Köln 1964; zit.: Gesellschafter
einer GmbH
- ders. Voreinzahlungen auf Aktien, in AG 1966,
79 ff, 118 ff und 148 ff
- Wölbing Das Treueverhältnis in der eingetragenen
Genossenschaft, (M Schr.), Diss. jur. Göt-
tingen 1948
- Wolff, Hans J. Theorie der Vertretung; Stellvertretung,
Organschaft und Repräsentation als soziale
und juristische Vertretungsformen; Organ-
schaft und juristische Person; Untersuchun-
gen zur Rechtstheorie und zum öffentlichen
Recht, Bd. II, Berlin 1934; zit.: Vertre-
tung
- ders. Der Unterschied zwischen privatem und öf-
fentlichem Recht, in AöR 76 (1950), 205 ff

- ders. Verwaltungsrecht I; ein Studienbuch, 6. neubearbeitete Auflg., München, Berlin 1965
- ders. Verwaltungsrecht II; ein Studienbuch, München, Berlin 1962
- Würdinger Aktien- und Konzernrecht, eine systematische Darstellung, 2. Auflg., Karlsruhe 1966 und Voraufgabe, Karlsruhe 1959; zit.: Aktienrecht
- ders. Die Einmannengesellschaft, in Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966, Berlin, Tübingen 1967, S. 340-352; zit.: Einmannengesellschaft
- Zöllner Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München, Berlin 1963; zit.: Stimmrechtsmacht

Verzeichnis der Abkürzungen

a.A.	- anderer Ansicht
a.a.O.	- am angegebenen Ort
Abs.	- Absatz
AcP	- Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	- Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 5.6.1869 (BGBI S. 379)
a.E.	- am Ende
AG	- Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AG	- Aktiengesellschaft
AktG 1937	- Aktiengesetz vom 30. Januar 1937; RGBl I 107
AktG 1965	- Aktiengesetz vom 6. September 1965; BGBI III 4121-1
amtl. Begr.	- amtliche Begründung
Anm.	- Anmerkung
Auflg.	- Auflage
AöR	- Archiv für öffentliches Recht
BB	- Betriebs-Berater
Bd.	- Band
Betrieb	- Der Betrieb
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. Aug. 1896 (RGBl 195)
BGBI	- Bundesgesetzblatt und Bundesgesetz- blatt des Norddeutschen Bundes (1870)
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHZ	- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
d.h.	- das heißt
DJ	- Deutsche Justiz
DJZ	- Deutsche Juristen Zeitung
DNotZ	- Deutsche Notar - Zeitung
DR	- Deutsches Recht
EGAktG 1965	- Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6. September 1965; BGBI I S.1185
Ehrbrg.'s Hdb.	- Ehrenbergs Handbuch für das gesamte Handelsrecht

EWG	- Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	- und folgende (Singular)
ff	- und folgende (Plural)
Festschr. f.	- Festschrift für
FGG	- Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (RGBl S. 771)
frz.	- französisch
Fußnt.	- Fußnote
GG	- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949
GmbH (GmbHG)	- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20. April 1892; RGBl 477)
GmbHRSch	- GmbH-Rundschau, Rechtsspiegel der Wirtschaft
Gen (GenG)	- Genossenschaft (Genossenschaftsgesetz v. 1. Mai 1889; RGBl 55)
Gruchot	- Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begründet von Gruchot
GewO	- Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 i.d.F. vom 26. Juli 1900 (RGBl S.871)
Großkomm.	- Großkommentar
HGB	- Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl S. 219)
h. Mg.	- herrschende Meinung
Holdheim	- Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, begründet von Holdheim
i.d.F.v.	- in der Fassung vom
i.e.(w.) S.	- im engeren (weiteren) Sinne
Ihrg.Jahrb.	- Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JFG	- Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
jur. Studienges. Karlsruhe	- juristische Studiengesellschaft Karlsruhe
JUS	- Juristische Schulung
JW	- Juristische Wochenschrift
JZ	- Juristenzeitung

KAG	- Kommanditgesellschaft auf Aktien
KG	- Kommanditgesellschaft
KGJ	- Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
Komm.	- Kommentar
KTS	- Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	- Landgericht
Lts.	- Leitsatz
Lit.	- Literatur
LM	- Lindemaier - Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
1.Sp.(r.Sp.)	- linke Spalte (rechte Spalte)
LZ	- Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	- Monatszeitschrift für Deutsches Recht
Mot.	- Motive; Entwurf eines Gesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung, Berlin 1888
Nachw.	- Nachweis(e)
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
OHG	- Offene Handelsgesellschaft
OLG	- Oberlandesgericht
OLGE	- Die Entscheidungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OR	- Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 i.d.F. vom 18. Dezember 1936
preuß. ALR	- Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
Rdn.	- Randnote
Recht	- Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand
Reg.-Entw. 1960	- Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes mit Begründung; Bundestagsdrucksache 1915/13.6.1960
RGBl.	- Reichsgesetzblatt

RGSt	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROHG	- Entscheidungen des Reichsoberhandels- gerichts
Rspr.	- Rechtsprechung
Schmollers Jahrb.	- Schmollers Jahrbuch für Gesetzge- bung, Verwaltung und Volkswirtschaft
schwz.	- schweizerisch
stdg. Rechtspr.	- ständige Rechtsprechung
s.o. (s.u.)	- siehe oben (siehe unten)
s.o.S. () d.A.	- siehe oben Seite () dieser Arbeit
sog.	- sogenannt
StuR	- Steuer und Recht, herausgegeben vom Institut für Steuerrecht der Rechts- anwaltschaft
u.v.a.	- und viele(s) andere
VAG	- Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen vom 6. Juni 1931 (RGBl I S. 315, 750)
vergl.	- vergleiche
VersR	- Versicherungsrecht, Juristische Rund- schau für die Individualversicherung
Volkswirt	- Der Volkswirt, Wirtschafts- und Fi- nanzzeitung
Vorausflg.	- Voraufgabe
VVaG	- Versicherungsverein auf Gegenseitig- keit
WarnE	- Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, her- ausgegeben von Otto Warneyer
WM	- Wertpapier - Mitteilungen
ZHR	- Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht; ab 1963: Zeit- schrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.
zit.	- zitiert
ZPO	- Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 i.d.F. vom 12. September 1950 (RGBl 83; BGBl 533)

Einleitung

Am 18. Juli 1884 trat eine Novelle zum ADHGB ¹⁾ in Kraft, die für Gründer und Gründergenossen eine zivilrechtliche ²⁾ Haftung ³⁾ aufstellte. Die Vorschriften ⁴⁾ wurden über die §§ 202 ff HGB mit kleineren Abweichungen in §§ 39 ff AktG 1937 aufgenommen und über den Entwurf ⁵⁾ für ein neues AktG nahezu unverändert in §§ 46 ff ⁶⁾ berücksichtigt ⁷⁾.

Den Hintergrund für die gesetzgeberische Initiative von 1884 bildeten Schwindelgründungen, die zum wirtschaftlichen Zusammenbruch großer Teile der in Form von Aktiengesellschaften organisierten deutschen Wirtschaft geführt hatten ⁸⁾. Betrogene Aktionäre und Gläubiger verloren bei Kapitalanlagen das Vertrauen in das Institut Aktiengesellschaft und sahen die Wurzel allen Übels in mangelnder Verantwortlichkeit der Gründer ⁹⁾. Der Zeitraum von 1871 bis 1883 ist als "Gründerperiode" in die Geschichte eingegangen. Ein vom Liberalismus eingenommener Gesetzgeber hatte das Konzessionensystem aufgehoben, aber keine ausreichenden Bestimmungen an die Stelle gesetzt, um Schädigungen Dritter durch Gründungen von Aktiengesellschaften zu vermeiden ¹⁰⁾.

-
- 1) Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften; Novelle 1884 (RGL. Nr. 22, S. 123)
 - 2) Art. 213 a ADHGB
 - 3) Zur strafrechtlichen Haftung vergl. Art. 249 bADHGB
 - 4) Vergl. Anhang S. 154 ff d.A. mit einem Abdruck aller bisher ergangenen, § 46 entsprechenden Vorschriften.
 - 5) Reg.-Entw. 1960, § 43 ff (Bundestagsdrucksache 1915)
 - 6) Alle §§ ohne nähere Angaben sind solche des AktG vom 6. September 1965.
 - 7) Vergl. Anhang Nr. IV; geändert wurde nur § 46 Abs. 4: Auch die Leistungsunfähigkeit eines Sacheinlegers macht nunmehr Mitgründer haftbar, wenn diese ihn in Kenntnis der Leistungsunfähigkeit angenommen haben.
 - 8) Glagau, Börsen- und Gründungsschwindel (1876), S. 8 ff
 - 9) Sten.Ber. über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Leg.-Per., IV. Session (1884), 3. Band, Berlin 1884, 230 ff, S. 215 - 413
 - 10) Wiethölter, Aktiengesellschaft, S. 36; Herbig, DNozZ 1936, 332 ff (335); Martens, Diss. jur. Kiel 1934, S. 48

Das mußte bei verstärkter Investition und bei Übergang vom Familien- auf das Publikumsunternehmen ¹⁾ zu einem Zusammenbruch führen ²⁾.

Die Reaktion des Gesetzgebers von 1884 auf diese Entwicklung war ein "Maßnahmegesetz" ³⁾. Wenn es eines Beweises bedürfte, daß die Entwicklung des Aktienrechts durch die politische Geschichte ⁴⁾ und durch die Geschichte der Wirtschaft und des Geisteslebens in besonderer Weise bestimmt wird ⁵⁾, so ist die Gründerhaftung als kleiner Ausschnitt des Aktienrechts ein gutes Beispiel dafür. Mehr Aufschluß als die Daten der Verwirklichung des gesetzgeberischen Anliegens im Gründungsrecht ⁶⁾ gibt der kulturgeschichtliche Hintergrund. Ein wichtiges und unter diesem Blickwinkel zu Unrecht wenig beachtetes Dokument ist Wieners Schlußbemerkung ⁷⁾, die er seinen Vorschlägen zur "Beseitigung des Gründungsschwindels" ⁸⁾ anfügt. Der Hauptreferent Wiener ⁹⁾ tat sich schwer, den Grundsatz der Freiheit und "freien Verantwortlichkeit" aufzugeben und durch Haftungsnormen in die unternehmerische Tätigkeit einzugreifen. Als Liberalist beugte er sich nur ungern der öffentlichen Meinung ¹⁰⁾. Soziale Rücksichten ¹¹⁾ und Prestigegründe ¹²⁾ wurden schließlich bestimmend für ihn. Der große

- 1) Bösselmann, Aktienwesen, S. 105; Rathenau, Aktienwesen, S. 7 ff, 25, der die gleiche Beobachtung 1917 macht, erkennt, daß die Entwicklung dazu schon früher eingesetzt hatte.
- 2) Rathenau, a.a.O., S. 24
- 3) Silbernagel, Gründung, S. 14
- 4) Franz Klein, Aktiengesellschaften, S. 54
- 5) Franz Klein, a.a.O., S. 14; Mestmäcker, JUS 1963, 417 (420)
- 6) Vergl. dazu die ausführlichen Darstellungen von Stolz, Diss. jur. Tübingen 1922, S. 3 ff; Nieden, Diss. jur. Leipzig 1902, S. 1 ff
- 7) Wiener, ZHR 25 (1880), 1 ff. (73,76)
- 8) Wiener, a.a.O., S. 75
- 9) Wiener, a.a.O., S. 75
- 10) Wiener, a.a.O., S. 75
- 11) "Schärfung der Klassengegensätze", Wiener, a.a.O. S. 75
- 12) "Schwächung des Glaubens an die Kraft des Staates", Wiener, a.a.O., S. 75

Nationalökonom John Maynard Keynes hätte für seine Untersuchungen zum Ende des Liberalismus in der Wirtschaft ¹⁾ die Gründerhaftung als Beispiel wählen können. Das "Ende des Laissez-faire" kündigte sich durch die verspätete Reaktion des Gesetzgebers auf die Mißstände in der Wirtschaft an.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, daß andere europäische Staaten Gründungsschwindel im deutschen Ausmaß nicht erlebt haben. Der deutsche Gesetzgeber mußte mithin in dieser Frage eine Regelung ohne Vorbild treffen, die nur im französischen Recht ²⁾ einen abweichenden Vorläufer fand ³⁾. Die Genugtuung über diese "eigenständige Lösung" der brennendsten aktienrechtlichen Frage war 1884 sehr groß ⁴⁾. Die Entwicklung gab den Referenten ⁵⁾ recht. Zahlreiche Länder nahmen das deutsche Gesetz zum Anlaß, die Gründerhaftung zu diskutieren. Die deutsche Lösung hat in der Folgezeit auf mehrere ausländische Rechte entscheidend eingewirkt ⁶⁾. Diese Arbeit wird sich nur mit der aktienrechtlichen Gründerhaftung des § 46 ⁷⁾ und mit den Konsequenzen aus ihrer Rechtsnatur befassen. Soweit auch die Haftung aus § 41 Abs. 1 S. 2 AktG oder § 11 Abs. 2 GmbHG als "Gründerhaftung" bezeichnet wird ⁸⁾, soll dieser Verpflichtung aus Rechtsgeschäften und ihrer Rechtsnatur nicht nachgegangen werden.

1) John Maynard Keynes, Das Ende des Laissez-faire, (1926)

2) Art. 42 loi 24 juillet 1867. Die Anlehnung an das französische System der nullités ist gering geblieben.

3) Perl, Gruchot 27 (1883), 338 ff (343)

4) Franz Klein, a.a.O., S. 19; Löwenfeld, Aktiengesellschaft, S. 83. Später kritisiert Pinner (in Staub-Pinner, § 202 HGB Anm. 1) die Gründerhaftung als "systemlos".

5) Hauptreferent war Wiener (vergl. a.a.O. ZHR 25 (1880), 1 ff)

6) Silbernagel, a.a.O., S. 6 ff; Morant, Diss. jur. Bern 1939, S. 47 f.

7) Entsprechend: § 378 Abs. 1, Haftung bei Umwandlung einer GmbH in eine AG

8) So Stolz, a.a.O., S. 3 ff; Sudhoff, GmbHRSch 1965, 108 ff; Riedel, Rabe, NJW 1966, 1004 ff (1004)

§ 1 Bedeutung der Problemstellung

So umfangreich die Literatur zur Gründerhaftung auch ist ¹⁾, die Frage der Rechtsnatur dieser Haftung wurde meistens nur kurz behandelt. Seit Wiener ²⁾ und Schmidt ³⁾ mit kurzen Begründungen die systematische Stellung der Vorschriften im Haftungssystem angesprochen hatten, gab es keinen größeren Versuch, die Rechtsnatur der Haftung zu bestimmen. Die nahezu einhellige Meinung ⁴⁾ ordnet die inhaltlich seit 1884 nahezu unveränderten Vorschriften dem Deliktsrecht zu. Wichtiger Ausgangspunkt für den Versuch einer erneuten Diskussion dieser alten Frage sollten rechtliche Konsequenzen sein, die sich aus der Rechtsnatur der Gründerhaftung ergeben.

- 1) Besonders die Haftung für Sacheinlagen war immer wieder Gegenstand zahlreicher Bearbeitungen.
- 2) Wiener, a.a.O., ZHR 24, 1 ff (61)
- 3) Richard Schmidt, Gründerverantwortlichkeit (1888), S. 4, 5
- 4) RGZ 18 (1886), 56 ff (73); RGZ 84 (1914), 332 ff (336); (für GmbH) 154, (1937) 276 ff (286); 100 (1920), 175 ff (176); RG in Holdheim (1901), Bd. X, 142, 143; RG nach Ritter, Schall, Zenetti, "Vom Rechtsgericht" in JW 1914, 586 ff (591); - Wiener, a.a.O., in ZHR 24 (1879), 1 ff (61); ders., a.a.O., ZHR 25 (1880), 1 ff (14, 15); Richard Schmidt, Gründerverantwortlichkeit (1888), S. 4, 5; Lehmann, Karl, Gesellschaftsrecht (1898), S. 450; Düringer-Hachenburg, Komm.HGB, 1. Aufl. (1900 und alle folgenden Aufl. insbesdr. 3. Aufl., III. Bd., 1. Teil (1934) § 202 HGB Anm. 2; Staub, Komm.HGB (1900), 6/7. Aufl. § 202, Einleitung; Goldmann, Erläuterungen, II. Bd. (1905) § 202 HGB Anm. I, 1, a; Staub-Pinner, Komm. HGB, 8. Aufl. (1906), § 202 HGB Anm. 2; Silbernagel, Gründung, (1907) S. 348, 430; Heim, Emissionshaus, S. 56; Brand, Komm.HGB, (1911), § 202 HGB, S. 527; Lehmann-Ring, Komm. HGB (1913), II. Bd., § 202 HGB Rdn. 1; Rudolf Fischer in Ehrenbergs Handbuch, III. Bd., 1. Abtlg. (1916), S. 128 ff ohne Stellungnahme; Lehmann-Hoeninger, Handelsrecht, I. Bd. (1921), S. 334; Goldschmidt, Aktiengesellschaft, (1927) § 202 HGB Anm. 10; Brodmann, Komm.Aktienrecht (1930), § 202 HGB, Anm. 3, S. 114; Schlegelberger-Quassowski, Komm.AktG (1938), § 39 Anm. 1; Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436); Ritter, Komm.AktG (1939), § 39 Anm. 2; Großkomm.-Gadow, Komm.AktG (1939), § 39 Anm. 3; Teichmann-Koehler, Komm.AktG, 2. Aufl. (1939) und 3. Aufl. (1950), § 39 Anm. 1; v. Godin-Wilhelmi, Komm.AktG 2. Aufl. (1950), vor §§ 39-44 Anm. 2: "deliktähnlich", dazu näher unten S. 19 d.A.; Großkomm.-Robert Fischer, Großkomm. AktG, 12. Aufl., I. Bd., § 39 Anm. 2; Baumbach-Hueck, Komm.AktG, 12. Aufl. (1965) und alle Voraufgaben, vor § 39 Anm. 1 A; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl. (1966) vor §§ 46-49 Anm. 1 nicht ausdrücklich, jedoch Bezugnahme auf § 830 BGB für Beihilfehandlungen; Fortsetzung S. 5 d. A.

Seit Inkrafttreten des BGB ist die Entwicklung des Haftungssystems von dem Bemühen bestimmt, eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung auszudehnen. Der bei Gehilfenhandeln im Rahmen von § 831 BGB oft leichte Entlastungsbeweis führte zu unbilligen Ergebnissen ¹⁾. Es erschien deshalb angebracht, dem Gedanken einer Verpflichtung, die weder aus Vertrag noch aus Delikt entspringt, dem sogenannten Quasikontrakt ²⁾ mit seinen dogmatisch noch nicht als gesichert geltenden Grenzen ³⁾, neue Aufmerksamkeit zu schenken. Im Ergebnis hat diese Entwicklung Zustimmung gefunden, wenn auch ihre Fallgruppen "eigentlich" ⁴⁾ dem Deliktsrecht zugehören. Die engen Grenzen des historischen Haftungssystems - in besonderer Weise bedeutsam geworden an der Zurechnung von Gehilfenhandeln - der veränderten Normsituation und der Rechtsentwicklung anzupassen, ist auch Aufgabe dieser Arbeit.

Zu Fußnote 4 von Seite 4:

ebenso Hueck, Alfred, Gesellschaftsrecht, 13. Auflg., S. 130, darauf §§ 823, Abs. 2, 826 BGB hinweist; Neuerdings am nachdrücklichsten: Reinecke, AG 1962, 66 ff (70); Wolany, Gesellschafter einer GmbH (1964), S. 45 f 53 auch für Aktienrecht.--- Dissertationen: Nieden, Diss. jur. Leipzig 1902, S. 30; Takaki, Diss. jur. Heidelberg 1906, S. 65; Hermann Hanssmann, Diss. jur. Jena 1911, S. 12 (ohne klare Stellungnahme); Stolz, Diss. jur. Tübingen 1922, S. 69, 70; Froebel, Diss. jur. Heidelberg 1937, S. 21; Bayer, Diss. jur. München 1948, S. 168; Brunner, Diss. jur. Mainz 1954, S. 29; Gruber, Diss. jur. München 1959, S. 42.--- Auslandsrechte: In der österreichischen Lit. zum AktG 1937 wird das Problem - soweit ersichtlich - nicht diskutiert. Vergl. Hämmerle, Handelsrecht II, S. 551; Die Rechtsnatur der Gründerhaftung war im Schweizer Recht lange Zeit umstritten. Heute wird nahezu einhellig angenommen, daß die Schweizer aktienrechtliche Gründerhaftung, die dem deutschen Vorbild in vielen Punkten ähnelt, Deliktscharakter habe. Diese Auffassung wurde in Anlehnung an deutsche Vorstellungen begründet. Zum Ganzen: insbsdr. Wildi, Diss. jur. Bern 1909, S. 42, 44; Zum Deliktscharakter: Morant, Diss. jur. Bern 1939, S. 47, 48; Balastér, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 136 (1953), S. 134; Schucany, Komm. Schwz. Aktienrecht, 2. Auflg. (1960), Art. 753 OR, Anm. 1; Guhl, Obligationenrecht, 4. Auflg. (1948), S. 522;

- 1) Vergl. aber Reformvorschläge, die darauf verzichten wollen, bei Boehmer, Einführung, S. 353, Fnt. 8
- 2) Coing, Systemgedanke, S. 41
- 3) Schröder in Soergel-Siebert, § 831, Rdn. 1: "Dogmatisch bedenkliche Konstruktionen".
- 4) Fikentscher, Schuldrecht, S. 553

Der Versuch, über § 278 BGB auch für die Gründerhaftung ein Entstehen für fremdes Handeln und Verschulden herzuleiten, ist nicht deshalb überflüssig, weil § 46 Abs. 5 die Verantwortung des sogenannten Hintermannes aufstellt ¹⁾. Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Vordermann - anders als der Erfüllungsgehilfe - im eigenen Namen auftritt. - Die Frage nach der Zurechnung fremden Handelns läßt sich auch nicht mit der Behauptung umgehen, daß die Gründer eine besonders gesteigerte Sorgfaltspflicht ²⁾ treffe. Dieser Hinweis ist ein Versuch, die "mittelbare Verschuldenshaftung" ³⁾ des § 831 BGB auf Fälle auszudehnen, die nur von der "Einschaltenshaftung" ⁴⁾ des § 278 BGB erfaßt werden können. Das Gesetz schreibt die Verschuldensgrade unmißverständlich vor. Mindestens bei Zweifeln am eigenen Verschulden der Gründer stellt sich deshalb die Frage, ob § 278 BGB bei Tatbeständen der Gründerhaftung eingreift.

Stellvertretung ist unstreitig bei Gründungsgeschäften zulässig ⁵⁾. Die Gefahr eines schuldhaften Handelns von zugezogenen Hilfspersonen läßt sich häufig durch Überwachung nicht ausschalten, falls z. B. ein Gründer von einem versierten Bevollmächtigten vertreten wird ⁶⁾. - Nach Meinung von Steinkrauß ⁷⁾ erlangen die Gründer in jedem Falle von allen Angaben Kenntnis, die zum Zwecke der Gründung gemacht werden; deshalb solle jede falsche Angabe den Gründern als Pflichtver-

-
- 1) Kuhn, Strohmanngründung, S. 92, sieht darin zu Recht den Fall einer mittelbaren Stellvertretung.
 - 2) Steinkrauß, Rechtsanschein, S. 35; Staub, Komm. HGB, § 202, Anm. 8 (I. Aufl.); Schmidt, a.a.O., S. 15
 - 3) Westermann, JUS 1961, 333 ff (342)
 - 4) Westermann, JUS 1961, 333 ff (343)
 - 5) Balser, Die Aktiengesellschaft, S. 12; Wiethölter, Gründungskontrolle, S. 233; Baumbach-Hueck, § 2 Anm. 3; Großkomm.-Gadow, S. 2 Anm. 14; Teichmann-Koehler, § 2, Anm. 1; Düringer-Hachenburg-Bing, § 281 HGB Anm. 10; a.A. Brodmann, a.a.O., § 281, Anm. 3 h für altes Recht.
 - 6) Vergl. die verbreitete Praxis, Generalbevollmächtigte zu bestellen. Dazu: Spitzbarth, BB 1962, 851 ff (854)
 - 7) Steinkrauß, a.a.O., S. 35

letzung anzulasten sein. In Einzelfällen wird aber der Bevollmächtigte selbständig handeln können, ohne daß sein (Gründer-) Auftraggeber über dessen Handeln Näheres weiß. Es ist kein zwingender Grund ersichtlich, warum dieser Kapitalgeber auf eine Beteiligung als Gründer verzichten sollte ¹⁾. Gerade sein Name kann für Reputation, für Verbindungen und für Anklang des Unternehmens im Gründungsbericht, im Prospekt und im Handelsregister wichtig sein. - Die Haftung für Gehilfenhandeln bleibt aktuelle Frage dieser Untersuchung.

Weiterhin ist aus der Rechtsnatur der Haftung der Gerichtsstand abzuleiten. Wenn die Gründerverantwortlichkeit Deliktscharakter hat, bietet sich der Gerichtsstand des § 32 ZPO an ²⁾. Sollte § 46 jedoch Ausdruck einer Vertragshaftung sein, ist der Gerichtsstand § 22 ZPO zu entnehmen.

Schließlich kann diese Untersuchung erhellen, ob § 46 die Gründerhaftung abschließend regelt - ein für die früher geltende Gesetzesfassung besonders umstrittenes Problem ³⁾. Es werden sich Hinweise ergeben, ob und gegebenenfalls welche vertraglichen Ansprüche neben § 46 eingreifen und ob § 46 als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu gelten hat.

Die Rechtsnatur der Haftung bietet möglicherweise Argumente für eine Kritik an der Meinung, die für Sachübernahmen und für Sacheinlagen eine Garantiehftung ⁴⁾ auf den Wert der Einlage oder Übernahme annimmt. Die Betonung der Öffentlichkeits-

-
- 1) So aber Großkomm.-Gadow, (1939) § 39 Anm. 10 unter Berufung auf RGZ 95 (1919), 17; eine Entscheidung, die für diese Meinung nichts hergibt.
 - 2) Konsequenter genannt von Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. (1934), § 202 Anm. 3; v. Godin-Wilhelmi, vor § 39-44 Anm. 2; Baumbach-Hueck, 12. Aufl., vor § 39 B; Großkomm.-Fischer § 39, Anm. 1; Teichmann-Koehler, § 39, Anm. 1
 - 3) Für abschließende Regelung: Mot. 2. Novelle 1884, S. 62 nach Brodmann, a.a.O., § 202 Anm. 3 S. 114; RGZ 39 (1897), 245 (249) unter Berufung auf zahlreiche ältere Literatur; a.A. Makower, a.a.O. § 202 I a, Alfred Hueck, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., S. 130
 - 4) Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436); ders. DR 1939, 320 f; Großkomm.-Fischer § 39 Anm. 13; u.a.; Steinkrauß, a.a.O., S. 39; für GmbH-Recht: Hachenburg-Schilling, a.a.O., § 9 Anm. 2, Anm. 5; Laute, Diss. jur. Köln 1941, S. 65; Feine, in Ehrenbergs Handbuch, S. 223; Brodmann, Komm. GmbH § 9, Anm. 2 a; a.A. Vogel, Komm. GmbHG, Anm. 1; Scholz, a.a.O., 1. Aufl., § 9, Anm. 4

interessen ist für Boesebeck ¹⁾, den Begründer dieser Ansicht, der tiefere Grund für seine Auffassung. Das Prinzip der "Gesamtwirtschaftlichen Verantwortlichkeit" hat Clive Schmitthoff ²⁾ unlängst näher untersucht und als eine vordringende Zielsetzung der AG bezeichnet, die für eine Auslegung des Aktienrechts bestimmend sei. Die Bedeutung von Öffentlichkeitsinteressen als Ausgangspunkt für eine systematische Einordnung des § 46 wird untersucht werden müssen.

Die Gründerhaftung gewinnt schließlich zunehmende Bedeutung für das Recht der GmbH. Die zahlreichen Vorschläge zur Reform des GmbH-Rechts ³⁾ stimmen neuerdings in einem Punkte überein: Mindestens für die Überbewertung von Sacheinlagen ⁴⁾ soll eine gesamtschuldnerische Haftung der Gründer entsprechend § 46 in das Gesetz übernommen werden ⁵⁾. Die Frage der Rechtsnatur von § 46 wird klären helfen, ob diese Vorschrift im Recht der GmbH oder für andere Gesellschaftsformen entsprechend anzuwenden ist.

Der BGH hat in einer umstrittenen Entscheidung ⁶⁾ in § 46 Abs. 5 ein allgemeines Prinzip des Kapitalgesellschaftsrechts gesehen und auf das GmbH-Recht übertragen ⁷⁾. Die Rechtsnatur der Haftung aus § 46 Abs. 5 kann für eine kritische Stellungnahme zu dieser Rechtsprechung des BGH herangezogen werden.

1) Boesebeck, a.a.O., S. 436

2) in AcP 163 (1964), 46 ff (50, 60)

3) Vergl. Nachw. bei Barz, GmbHRSch 1963, S. 124, 125

4) Ballerstedt, GmbH RSch 1967, 66 ff (68): "Schwäche des Systems"

5) Resolution des VII. Internationalen GmbH-Kongresses 1962 in Köln, GmbHRSch 1962, 112 ff (113 l. Sp.); Ballerstedt, GmbHRSch 1952, 1 ff (4), a.A. Stolz, Diss.jur. Tübingen 1922, S. 78; Gessler, Aktuelle gesellschaftsrechtliche Probleme, S. 4

6) BGHZ 31 (1960), 258 ff = BGH in BB 1960, 18, 19, ebenso: Günther Reinecke, AG 1962, 66 ff (70); a.A. Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 98; Ballerstedt, JZ 1960, 515 ff (518)

7) BGHZ 31, 258 ff (267) für § 39 Abs. 5 AktG 1937

§ 2 Streitstand zur Rechtsnatur von § 46 Abs. 1 - 4

I. Deliktshaftung

- Begründungsversuche dieser Ansicht und ihre vorläufige Kritik -

Die weitaus herrschende Meinung ¹⁾ sieht § 46 als Ausdruck einer Deliktshaftung an. Wiener ²⁾ weist auf die Anlehnung an das französische Recht hin und nennt die Haftung ein "Quasidelikt" ³⁾.

Diese Bezeichnung kann die Rechtsnatur nicht verdeutlichen. Eingriffe "quasi ex delicto", etwa aus unberechtigter Geschäftseinmischung (§ 687 Abs. 2 BGB) ⁴⁾ haben mit der Gründerhaftung nichts gemein. Außer diesen dem römischen Recht entnommenen Quasidelikten läßt unser System keinen Raum für ein "Sammelbecken" ⁵⁾ nicht fest einzuordnender ⁶⁾ "sozusagen" deliktischer Tatbestände.

A. Erweiterung allgemeiner Deliktstatbestände ?

Stolz ⁷⁾ versucht den Deliktscharakter aus der Verletzung eines "sonstigen Rechts" i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB herzuleiten. Er lehnt diese Konstruktion im Ergebnis ab ⁸⁾ und hält einen Vergleich mit § 826 BGB für geraten ⁹⁾. - Ein "sonstiges Recht" der anspruchsberechtigten Gesellschaft kann durch Gründungs-

1) Vergl. oben S. 4 d.A. Fußnt. 4

2) Wiener, ZHR 24, S. 63, und ZHR 25, S. 14,15

3) Ebenso : Ritter, § 39 Anm. 2

4) Boehmer, Einführung, S. 257

5) Dafür, Quasidelikte erneut zu durchdenken, Hübner Festschr. Nipperdey, Bd. I (1965), 375 ff (399); seine Ausführungen betreffen jedoch fast durchweg Fälle von Quasikontrakten.

6) Mayer-Maly, Festschr. Nipperdey, Bd. I (1965), 509 ff (518,519)

7) Stolz, a.a.O., S. 70 ff

8) Stolz, a.a.O., S.72

9) Stolz, a.a.O., S.72 unter Hinweis auf RGZ 100, 177; Ebenso: Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 202, Anm. 35

mängel nicht betroffen sein. Ohne nähere Untersuchung läßt sich sagen, daß bei einem Vergleich mit den absoluten Rechten des § 823 Abs. 1 ein Schutz der Gesellschaft aus diesem Rechtsgrund ausscheidet. Auch eine Erweiterung des Anwendungsbereiches von § 823 Abs. 1 BGB ¹⁾ kann Vermögensschäden der Gesellschaft nicht erfassen. Ein Vermögensinteresse ist nicht schon deshalb zu verabsolutieren, weil es in ein Unternehmen einbezogen ist. Gründungsschwindel trifft zudem keinen "gesicherten Bestand" ²⁾, der eine Gleichsetzung mit sonstigen Rechten zuließe. Die Verdichtung zu einem absoluten Recht und dem, was Rechtsprechung und Lehre diesen Rechten gleichgestellt haben, kommt dem Vermögensinteresse der werdenden Gesellschaft nicht zu.

Zum Deliktscharakter der Gründerhaftung führt Wolany ³⁾ an, § 39 AktG 1937 (§ 46) sei eine Erweiterung des allgemeinen Tatbestandes von § 826 BGB; weise § 39 Abs. 4 AktG 1937 doch deutlich aus, daß die Vorschrift "gute Sitten" ⁴⁾ gewährleiste ⁵⁾. Diese Begründung erscheint nicht zwingend. "Gute Sitten" zu gewährleisten, kann häufig Nebenzweck einer gesetzlichen Norm sein. Das reicht jedoch für eine systematische Übereinstimmung mit § 826 BGB nicht aus. Es gibt zahlreiche Beispiele für eine Handlung, die zugleich den Tatbestand einer Vertragshaftung und den Tatbestand des § 826 BGB erfüllen kann. Das zeigt sich auch bei gesetzlicher Ergänzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Pflichten aus § 242 BGB. "Treu und Glauben" und "gute Sitten" unterscheiden sich entweder gar nicht ⁶⁾ oder doch nur graduell ⁷⁾. In jedem Fall muß bei

- 1) Vergl. Fabricius, AcP 160 (1961), 273 ff (289) und sein Kriterium der "sozialtypischen Offenkundigkeit" des absoluten Rechts im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB; einschränkend Deutsch, JZ 1963, 385 ff (388)
- 2) BGHZ 3 (1951), 290 ff (279) zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb
- 3) Wolany, Gesellschafter einer GmbH (1964), S. 53 ff
- 4) Wolany, a.a.O., S. 53, 54
- 5) Ähnlich Düringer-Hachenburg, § 202 HGB, Anm. 2; Brunner, a.a.O., S. 30; Stolz, a.a.O., S. 72
- 6) Staudinger-Weber, Komm. BGB, § 242, A 138
- 7) Hueck, Treuegedanke, S. 12; die Frage kann hier dahinstehen.

einem Verstoß gegen "gute Sitten" in Vertragsverhältnissen auch eine Verletzung der Grundsätze von Treu und Glauben gesehen werden ¹⁾. Der weitere Tatbestand ist § 242 BGB ²⁾.

Schwerer noch wiegt der Einwand, daß fahrlässige Schädigungen der Gesellschaft gemäß § 46 nicht notwendig Verstöße gegen gute Sitten zu sein brauchen. Seit Rechtsprechung ³⁾ und Lehre ⁴⁾ der uferlosen Ausweitung der Generalklausel (§ 826 BGB) durch bestimmte Kriterien zu steuern suchen, bleibt der Auffangtatbestand des Deliktsrechts auf seine Grenzen beschränkt. Schuldhafte Vermögensschädigung allein macht noch keine Verletzung der "guten Sitten" aus. Ein "anstößiges Verhalten" ⁵⁾, ein Verstoß gegen das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ⁶⁾ als Voraussetzungen des § 826 BGB werden die Gründer nur in seltenen Fällen erfüllen. Das war einer der - nach dem damaligen Stand der Rechtsdogmatik richtig erkannten - Hauptgründe des Gesetzgebers von 1884 ⁷⁾, eine neue, vom BGB unabhängige Haftung aufzustellen.

Als weiteren Grund für eine Deliktshaftung führt Wolany ⁸⁾ den Zeitpunkt einer Schädigung der Gesellschaft nach § 46 Abs. 4 an: Für die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit eines Mitgründers sei heute der Zeitpunkt der Annahme des Aktionärs entscheidend ⁹⁾; während für Art. 213 a Abs. 3 ¹⁰⁾ ADHGB noch der Zeitpunkt der Anmeldung maßgeblich gewesen sei. Wolany erläutert diesen Hinweis nicht näher; eine Interpretation dieser Ansicht wird darauf abstellen müssen, daß Wolany dem Zeitpunkt der schadensstiftenden Handlung für die Haftungsfrage entscheidende Bedeutung beimißt. Das führt zu dem nächsten,

1) Gadow, Inrg. Jahrb. 84 (1934), 174 ff (188)

2) Boehmer, Einführung, S. 346

3) Vergl. etwa RGZ 155 (1937), 257 ff (285); BGH, NJW 1957, 587 f (588)

4) Nachw. bei Boehmer, a.a.O., S. 52

5) Hubmann, ZHR 116 (1954), 41, 75

6) RGZ 48 (1901), 114 ff (124, 125) stdg. Rechtspr.

7) RGZ 18 (1886), 56 ff (73)

8) Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 45

9) Vergl. Wortlaut des § 46 Abs. 4

10) Vergl. Anhang, S. 154 d.A., Nr. I

häufig genannten Argument für eine Deliktznatur der Gründerhaftung.

B. Keine Vertragsbeziehungen zwischen Gründern und AG?

Der Haupteinwand, mit dem die herrschende Meinung einen Vertragscharakter der Haftung von vornherein ausschalten will, hängt mit den rechtlichen Beziehungen zwischen Gründern und Gesellschaft zusammen; In diesem Verhältnis bestehe kein vertragliches Band ¹⁾.

Dieser Ausgangspunkt ist nicht überzeugend. Unabhängig vom Rechtscharakter der Gründung, die seit Gierkes Theorie des Konstitutivaktes (Gesamtaktes) ²⁾ umstritten ist, läßt sich in dieser Allgemeinheit eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen nicht ablehnen. Nach einhelliger Ansicht sind die Gründer der AG rechtlich verpflichtet, indem sie z. B. Sacheinlagen oder Sachübernahmen einbringen müssen. In einer vorläufigen Kritik kommt es auf eine nähere Charakterisierung dieser Verpflichtung nicht an. Wenn die Grundsätze zur Vertragshaftung nicht unmittelbar herangezogen werden können, müßten sie doch bei Konfliktsfällen in gesetzlichen oder körperschaftlichen Rechts- und Pflichtenverhältnissen mindestens entsprechend angewendet werden ³⁾. Schon dieser Gedanke legt nahe, daß für einige Tatbestände des § 46 - hier insbesondere Abs. 2 - Vertragsgrundsätze zur Erläuterung der Haftung dienen können. Für einen Anspruch nach vertragsähnlichen Grundsätzen kommt es auf Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit einer rechtlichen Verpflichtung nicht an.

-
- 1) RGZ 18 (1886), 56 ff (71); Lehmann-Ring, a.a.O., § 202 HGB Rdn. 1; Goldmann II, a.a.O., Anm. 1a; Vogel; a.a.O., § 46 Anm. 9 für GmbH-Recht; Wildt, a.a.O., S. 42 für die gleichliegende Problematik in schwz. Recht.
 - 2) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, I. Bd., S. 486 ff
 - 3) RG in JW 1930, S. 3473 Nr. 3; RG in DJ 1938, 727 ff (728, 730); v. Tuhr, Allgemeine Lehren, S. 542; Planck-Strohal, I. Bd., Komm.BGB, § 35 Anm. 2.

Größeres Gewicht hat aber der Einwand, daß die geschädigte AG zur Zeit der tatbestandsmäßigen Handlungen i.S.d. § 46 noch nicht existiere ¹⁾. "Es fehlt deshalb an der Person eines Getäuschten" ²⁾. Ansprüche aus Vertragsgrundsätzen müßten ausscheiden, weil sie die Existenz der Kontrahenten notwendig voraussetzten. Daran fehle es bei Handeln der Gründer, da die Aktiengesellschaft Rechtsfähigkeit erst mit der Eintragung (§ 41, Abs. 1 S. 1) erlange.

Für die Deliktshaftung aus § 826 BGB hatte das Reichsgericht bei Gründungsschwindel klargestellt ³⁾, daß es bei Handlungen im Vorstadium der AG nur auf eine zurechenbare Schadensverursachung ankomme, um einen Anspruch der Gesellschaft zu begründen. - Für Vertragsgrundsätze läßt sich der Einwand der herrschenden Meinung jedoch nicht umgehen, weil Verstöße gegen relative Pflichten die Existenz des Berechtigten zur Zeit der schadenstiftenden Handlung im Normalfall voraussetzen. Nach der bekannten Methode einer gesetzlichen Ergänzung von Nebenpflichten aus § 242 BGB ⁴⁾ läßt sich in vielen Fällen ein Vertragsanspruch begrenzen. Wie soll sich im Verhältnis der AG zu ihren Gründern ein gesetzliches Schuldverhältnis oder ein Grund für die Haftung aus der "Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen" ⁵⁾ ergeben, wenn es eine Rechtsperson (AG) mit Vertrauens Erwartung noch nicht gibt?

Auf den ersten Blick scheinen diese Bedenken zu widerlegen, daß § 46 auch Ausdruck einer vertraglichen Haftung sein könnte. Die Argumentation, daß die Gesellschaftsexistenz sich

-
- 1) ROHG 20 (1877), Nr. 60; RGZ 84 (1914), 332 ff (336); v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., vor §§ 46-49, Anm. 1 und 2 und Voraufg. vor §§ 39-44 Anm. 2; Wildi, a.a.O., S. 40; für GmbH: KG, in öLGE 41 (1921), 210; Vogel, a.a.O., § 46 Anm. 9; Bergmann, Diss. jur. Köln 1932, S. 71
 - 2) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., vor §§ 46-49 Anm. 2 und Voraufg.
 - 3) RGZ 84 (1914), 332 ff, (336), RGZ 100 (1921), 175 ff (177)
 - 4) Esser, Schuldrecht, 2. Auflg., § 32, 4, S. 104
 - 5) Ballerstedt, AcP 151 (1951), 501 ff (505) grundlegend für Verschulden bei Vertragsschluß

nicht vorausverlegen lasse, wird freilich inkonsequent, wenn man für "Einzelfälle" ¹⁾ Ansprüche der Gesellschaft aus "Verschulden bei Vertragsschluß oder bei Vertragserfüllung" ²⁾ für Sacheinlagen herleitet, denn andererseits sollte gerade § 46 Abs. 2 für die Deliktsnatur des Anspruches sprechen ³⁾, weil die Gesellschaft noch nicht bestehe. Es bleibt offen, welche Besonderheiten die "Einzelfälle" aufweisen müssen, um diesen Einwand zu widerlegen.

Im Gegensatz zur h. Mg. bietet sich zunächst an, eine Vertragspflichtverletzung gegenüber dem Gründerzusammenschluß vor Eintragung der AG und einen Übergang dieser Ansprüche auf die AG zu diskutieren. Ohne hier auf die Streitfragen zur Rechtsnatur dieses Zusammenschlusses im Vorstadium der AG einzugehen, drängt sich die Überlegung auf, daß eine Handlung i.S.d. § 46 den Tatbestand einer vertragsähnlichen Verfehlung erfüllt. Auf die Rechtsfähigkeit des Verbandes zur Zeit des Pflichtverstoßes käme es nicht mehr an, wenn Ansprüche der Vorgesellschaft mit der Eintragung zu Rechten der AG erstarken würden. Soweit die h. Mg. ⁴⁾ sich in anderem Zusammenhang der sogenannten Identitätstheorie anschließt, hätte der hier nur angedeutete Konstruktionsversuch nahegelegen.

Es ist auch inkonsequent, wenn zwischen Gründern und rechtsfähigem Verband zwar einerseits ein Rechtsverhältnis nach den Grundsätzen zur Geschäftsführung ohne Auftrag ⁵⁾ angenommen wird, andererseits aber alle Fälle einer Gründerhaftung Deliktscharakter aufweisen sollen ⁶⁾. Durch eine Geschäftsführung ohne Auftrag würde ein gesetzliches Schuldverhältnis entstehen. Damit wäre die Grundlage für eine positive Forderungsverletzung gegeben.

- 1) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., vor §§ 46-49 Anm. 2 und Vorauflage, vor §§ 39-44 Anm. 2
- 2) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., vor §§ 46-49 Anm. 2 und Vorauflage, vor §§ 39-44 Anm. 2
- 3) v. Godin-Wilhelmi, s. Fußnote 2
- 4) S.o.S. 4, 5 d. A. Fußnt. 4
- 5) Stolz, a.a.O., S. 66, 67
- 6) Stolz, a.a.O., S. 70

C. Gesetzliche Pflichten?

Gegen einen vertraglichen Charakter der Gründerhaftung nehmen Düringer-Hachenburg ¹⁾ und Boesebeck ²⁾ mit anderen Gründen Stellung. Sie kommen von verschiedenen Ausgangspunkten zu gleichen Ergebnissen. Beiden ist gemeinsam, daß sie die Überbewertung von Scheineinlagen als Verstoß gegen gesetzliche Pflichten ansehen. Hachenburg nennt die Gründerhaftung allgemein "Gebote des Gesetzes" ³⁾; deshalb könne die Haftung nur deliktisch sein.

Dieser Begründung läßt sich entgegenhalten, daß bei einer Vertragshaftung Verstöße gegen Nebenpflichten, die eine Haftung auslösen, oft durch eine gesetzliche Ergänzung aus § 242 BGB entstehen ⁴⁾. Ein Verstoß gegen "Gebote des Gesetzes" braucht den vertraglichen Charakter der Haftung also nicht auszuschließen. Der wahre Geltungsgrund der Haftung aus positiver Forderungsverletzung oder culpa in contrahendo kann hier dahinstehen; auf das Zustandekommen eines Vertrages kommt es jedenfalls nach heute einhelliger Meinung nicht an. Für beide Fälle ist ein "gesetzliches" Schuldverhältnis erforderlich und ausreichend, eine Haftung aus Vertragsgrundsätzen oder aus Quasikontrakt zu begründen ⁵⁾. Der Hinweis auf "gesetzliche Pflichten" ist deshalb heute ungeeignet, die systematische Stellung der Haftung zu erklären. Er beruht auf der überholten Vorstellung, die von Rechts wegen eintretende

1) Düringer-Hachenburg, § 202 HGB, 2./3. Auflg., Anm. 9; ähnlich: Brodmann, Komm.AktG, § 202 Anm. 2

2) Boesebeck, DK 1939, 434 ff (436 r. Sp.)

3) Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 202 Anm. 1,9;

ähnlich: Schmidt, Richard, a.a.O., S. 45

4) Esser, Schuldrecht, § 10; Fikentscher, a.a.O., § 20 I
Staudinger-Weber, Komm. BGB, II. Bd., Teil 1 b, A 779

5) S.o. Fußnote 4

Flume, AcP 161 (1962), 52 ff (63)

Ballerstedt, AcP 151 (1950/51), 501 ff (505)

Haftung könne nur an Willenserklärungen ¹⁾ oder an Vertragsschlüsse anknüpfen ²⁾. Die oben angeführte Begründung zum Deliktscharakter des § 46 hat außerdem die entscheidende Frage zur Abgrenzung von Delikts- und Vertragshaftung nicht beachtet: Schafft § 46 ein gesetzliches Schuldverhältnis, oder ist die Sanktion Folge eines Verstoßes gegen schon bestehende gesetzliche Pflichten ³⁾? Da seit langem ⁴⁾ die Meinung vertreten wird, durch die Gründung entstünden Rechtsverhältnisse der Gründer zur juristischen Person, kann eine zwingende Argumentation sich nur ergeben, wenn dieses Verhältnis näher untersucht wird.

Wenn Hachenburg ⁵⁾ und die ihm folgenden Autoren nur klarstellen wollten, daß § 202 HGB (§ 46) kein Vertragsschluß zugrunde liege, ist damit ein zwingendes Argument für den Deliktscharakter der Vorschriften nicht gewonnen.

D. Pflichten gegenüber der Öffentlichkeit?

Von dem speziellen Ausgangspunkt der Sacheinlagehaftung her untersucht Boesebeck ⁶⁾ Gründerpflichten. Er kommt zu dem Ergebnis, daß nicht "wechselseitige Pflichten" ⁷⁾ der Gründer die Haftung erklären, sondern Pflichten gegenüber der Öffentlichkeit ⁸⁾ in einem umfassenden, nicht näher definierten Sinn. Andere Autoren ⁹⁾ gehen noch weiter und bezeichnen die

-
- 1) So noch Dietz, Anspruchskonkurrenz (1934), S. 14; Wie hier: Dietz, Landesreferate (1962), S. 185
 - 2) Dagegen allgemein: Flume, Rechtsgeschäft, S. 90
 - 3) Grundlegend: Ehrenzweig, Schuldhafung, S. 23 allgem.
 - 4) Vergl. mit Nachw. v. Tuhr, a.a.O., S. 476 ff
 - 5) Hachenburg, a.a.O., S. 15 d.A., Fußnote 1
 - 6) Boesebeck, a.a.O., DR 1939, 434 ff (436); Ähnlich im Ergebnis: Boesebeck, DR 1939, 320 f (320); Herbig, DNotZ 1936, 322 ff (342); ders. DJustiz 1936, 1716 ff (1719); Heim, a.a.O., S. 70; Spezieller: Reinecke, AG 1962, 70, Gründerpflichten seien "allgemeine Verkehrssicherungspflichten"
 - 7) Boesebeck, a.a.O., im Gegensatz zu RGZ 159 (1939), 321 ff (326)
 - 8) Boesebeck, a.a.O., DR 1939, 434 ff (436)
 - 9) Danielcik, Komm.AktG, § 1, Anm. 2; Ruth, JW 1934, 2687 ff sieht in § 195 Abs. 3 öfftl. rechtl. Pflichten normiert. (a.a.O., S. 2687). Die Vorschrift entspricht § 54 Abs. 3 AktG, dessen Pflichten in § 46 Abs. 1 betroffen sind; Kohler, Allgemeiner Teil, S. 544; Apelt, Diss.jur. Greifswald 1919, S. 59

Gründerhaftung sogar als Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Pflichten.

Boesebeck ¹⁾ bezieht sich zwar zunächst nur auf den speziellen Fall der Überbewertung von Sacheinlagen bei einer GmbH; er dehnt seine Ausführungen aber ausdrücklich auf § 39 AktG 1937 (§ 46) und dessen Rechtsgrund aus.

Boesebeck hat mit seinen Ergebnissen zum Teil Anklang gefunden, ohne daß seine Begründung in diesem Punkt eingehend kritisiert oder gewürdigt worden wäre ²⁾. Es muß daher näher geprüft werden, ob mit Öffentlichkeitsinteressen die Schutzrichtung des Gesetzes richtig interpretiert ist. Außerdem bleibt im Ansatzpunkt zu klären, welche Bedeutung der Schutzzweck einer Vorschrift für ihre systematische Stellung im Haftungssystem haben soll.

E. Rechtslage bei Zusammenwirken aller Gründer?

Ein weiteres Argument für den Deliktscharakter der Vorschrift wird erstmals von Hachenburg genannt. Hachenburg ³⁾ verweist für seine Ansicht auf die Möglichkeit, daß in Einzelfällen alle Gründer in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken pflichtwidrig handeln könnten. Wenn die Rechtsform der juristischen Person in dieser Weise für egoistische Ziele mißbraucht werde, solle ein vertraglicher Anspruch der Gesellschaft nicht entstehen. Die Möglichkeit gemeinsamen Zusammenwirkens schliesse es aus, die Gründerpflichten als "wechselseitige Pflichten" zu begreifen.

Obwohl nicht näher erläutert, sieht eine verbreitete Meinung ⁴⁾ darin das entscheidende Argument, die Gründerverantwortlichkeit

1) Boesebeck, a.a.O., DR 1939, 434 ff (436)

2) Vergl. etwa: Großkomm.-Fischer, § 39, Anm. 13; Fischer, JZ 1954, 426 ff (428 r.Sp.); BGHZ 29 (1958), 300 ff (306)

3) Hachenburg, LZ 1919, 15 ff (31 r.Sp.); Staub-Hachenburg, Komm.GmbHG, 5. Aufl., § 9, Anm. 28

4) Brunner, a.a.O., S. 59, 60; Stolz, a.a.O., S. 76; Boesebeck, a.a.O., S. 436; LG Freiburg, III 544/59, nach Gottschling GmbHRSch 1961, 83 ff (83); Dreiß, Diss. jur. Tübingen 1931, S. 38; Gadow in Irg. Jahrb. 84 (1934), 174 ff (193); Gruber, Diss. jur. München 1959, S. 42

für das Recht der GmbH und für das Aktienrecht als Delikts-
haftung einzuordnen.

Die Bezeichnung "wechselseitige Pflichten" ¹⁾ legt nahe, daß
ein Verstoß gegen Gebote ehrlicher Gründung den engen Grund-
sätzen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts untersteht. Bei
körperschaftlicher Struktur des Gründerzusammenschlusses im
Vorstadium der AG können die Rechte und Pflichten der Mit-
glieder untereinander durch Verhaltenspflichten gegenüber
dem Verband ersetzt sein ²⁾. Das sollte bei einem Zusammen-
wirken der Gründer für einen Anspruch des Verbandes Bedeu-
tung haben.

II. Amtshaftung - Kritik dieser Ansicht -

Schließlich ist angeführt worden, die Gründerhaftung sei "de-
liktsähnlich, vergleichbar der Haftung aus einer Amtspflicht" ³⁾.

Wenn diese Auffassung richtig sein soll, müßte § 46 die Sank-
tion von Pflichtverstößen betreffen, wie sie für Beamte, Testa-
mentsvollstrecker, Konkurs- und Nachlaßverwalter gelten. Das
setzt einen Vergleich der Gründerstellung mit der Rechtsstel-
lung der Amtswalter voraus.

Ohne die Gründerpflichten näher zu erläutern, läßt sich gegen
diese Ansicht schon vorbringen, daß ein Prinzip der Uneigen-
nützigkeit ⁴⁾, wie es für Fremdverwalter typisch sein sollte,
auf die Tätigkeit der Gründer nicht zu übertragen ist. Fremd-
verwalter führen ihre Ämter ausschließlich im Interesse ander-
er ⁵⁾. Die Gründer werden Aktionäre der späteren Gesellschaft.

1) Hachenburg in Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 9 Anm. 28

2) Siebert, in Soergel-Siebert, § 54 BGB, Anm. 16

3) v. Godin-Wilhelmi, 2. Auflg., vor §§ 39 - 44 Anm. 2; Diese
Auffassung entnimmt auch Fischer in Großkomm., § 39 Anm. 2,
der Formulierung v. Godin-Wilhelmi, a.a.O., vor §§ 39 - 44
Anm. 2; ähnlich Takaki, a.a.O., S. 56; v. Godin-Wilhelmi
nehmen in der 3. Auflg. zur Rechtsnatur nicht mehr aus-
drücklich Stellung.

4) Für Testamentsvollstrecker: Kipp-Coing, Erbrecht, § 123,
III; Vormund: Müller-Freienfels, Vertretung (1955), S. 179;
Konkursverwalter: Menzel-Kuhn, Komm. KO, § 82, Anm. 1;

5) Staudinger-Dittmann, Komm. BGB, V. Bd., 2. Teil, 10/11.
Auflg., vor § 2197, Anm. 13 m.Nw.; Wolff, Verwaltungsrecht
II, § 73 I a, S. 21

Sie suchen ihre privaten Interessen in der Rechtsform der AG wirksam durchzusetzen. Unabhängig von den Rücksichten, die sie auf die Interessen der Mitgründer, der Gesellschaft und der Öffentlichkeit zu nehmen haben, wird ihre Tätigkeit durch die Anlage eigenen Kapitals bestimmt, das im eigenen Interesse gewinnbringend eingesetzt werden soll ¹⁾.

Die Gründerstellung als "Amt" zu bezeichnen, ist auch deswegen verfehlt, weil privatrechtliche Ämter ²⁾ auf Grund öffentlicher Bestellung mit Zuständigkeiten versehen werden ³⁾. Die Gründer sind mit Amtswaltern nicht vergleichbar, da sie einer amtlichen Einsetzung oder Bestätigung nicht bedürfen. Die nachfolgende Eintragung der AG durch das Registergericht kommt einer amtlichen Einsetzung von Amtswaltern nicht gleich, da die Registereintragung als Legalitätskontrolle des Gründungsherganges andere Funktionen hat.

Man könnte eine "Amtshaftung" auch nicht mit dem Hinweis auf mögliche Organpflichten von Gründern stützen ⁴⁾. "Amt" (in dem für eine Amtshaftung notwendigen Sinne) und Organstellung ⁵⁾ unterscheiden sich ⁶⁾. Auch den Organen einer AG fehlt zur Amtswaltereigenschaft, daß sie nicht durch hoheitlichen Akt bestätigt und eingesetzt werden.

Die Gründerhaftung des § 46 kann mithin einer "Amtspflichtverletzung" nicht gleichgestellt werden.

-
- 1) Alfred Hueck, RG-Praxis, S. 167 ff (173,174); Karl Wieland, Handelsrecht II, S. 74
 - 2) Nur um ein privatrechtl. Amt kann es sich handeln. Es ist deshalb auch irreführend, die Gründer als "mit öffentlicher Verantwortung betraute Personen" zu bezeichnen; so aber: Schnorr von Carolsfeld, DNotZ 1963, 404 ff (419)
 - 3) Wolff, Verwaltungsrecht II, § 73 II a 1, S. 23; Müller-Freienfels, a.a.O., S. 179: "Halbbeamter".
 - 4) Soweit ersichtlich, in diesem Zusammenhang nicht diskutiert.
 - 5) Verwirrende Gleichsetzung bei Ruth, JW 1937, 685 ff (685, 686)
 - 6) Ebenso: Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 4; Argument: Organe der AG hätten im Gegensatz zu den Fremdverwaltern keinen fest umrissenen Aufgabenkreis.

III. Rechtsscheinhaftung

- Kritik dieser Ansicht -

Steinkrauß ¹⁾ lehnt unter Berufung auf Naendrup ²⁾ ab, die Gründerhaftung als Vertrags- oder Deliktshaftung einzuordnen. Er will die Vorschrift als Ausdruck einer "Rechtsscheinhaftung" ansehen. Steinkrauß führt als Grund den "Rechtsanschein des Gesellschaftsvermögens" an, wie es im Handelsregister ausgewiesen sei. Durch § 15 HGB ³⁾ werde der Rechtsgedanke vermittelt, die Interessen aller Aktionäre, Gläubiger und aller sonstigen Betroffenen zu wahren. Die Schutzfunktion der Rechtsscheinskautelelen begründe auch die Haftung aus § 39 AktG 1937 (§ 46).

Zwei naheliegende Einwände gegen seine Auffassung kann Steinkrauß nicht überzeugend widerlegen. Während § 202 Abs. 1 S. 1 HGB noch alle "Angaben zum Zwecke der Eintragung in das Handelsregister" ⁴⁾ als Anknüpfungspunkt für eine Haftung nennt, ließ schon § 39 AktG 1937 - wie heute § 46 - alle Angaben "zum Zwecke der Gründung" genügen. Es ist gleichgültig, gegenüber welchen Beteiligten des Gründungsvorganges die Angaben gemacht werden ⁵⁾. Der Bezug zur Registereintragung fehlt. Das Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand - hier Registerverlautbarung - kennzeichnet die Rechtsscheinhaftung ⁶⁾. Schon der Wortlaut von § 46 Abs. 2 drückt aus, daß ohne Rücksicht auf die Vorstellungen der Beteiligten "ein Schaden" der AG den Anspruch (unter den weiteren Voraussetzungen) entstehen läßt. - Außerdem bleibt ungeklärt, wie bei der Interessenverletzung dritter Personen aus § 46 ein Anspruch der allein berechtigten Gesellschaft erwachsen soll. Die Organe des rechtsfähigen Verbandes haben keine Gelegenheit, auf eine Re-

-
- 1) Steinkrauß, der Rechtsanschein des Vermögens der AG, Rechtsscheinforschungen, Heft 4, Münster 1939, S. 32 ff
 - 2) Steinkrauß, a.a.O., S. 33, Fußnote 57, Naendrup nimmt zur Frage der Rechtsnatur der Gründerhaftung nicht Stellung, gibt aber die theoretische Grundlage für diese Auffassung; Naendrup, Rechtsscheinwirkungen, S. 919 ff
 - 3) Steinkrauß, a.a.O., S. 32, 40
 - 4) Vergl. Anhang Nr. II S. 155
 - 5) Statt aller: Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 5; Baumbach-Hueck, Komm. AktG, § 39 Anm. 1
 - 6) Boehmer, Einführung, S. 311 f, 321 ff

gistereintragung zu vertrauen, weil die Gesellschaft mit dieser Eintragung erst entsteht. Da andererseits nur die Registereintragung die Rechtsscheinhaftung begründen soll ¹⁾, gibt es keinen konstruktiven Weg, um falsche oder unvollständige Angaben, die nicht im Register verlautbart werden ²⁾, für einen Anspruch der Gesellschaft nutzbar zu machen. -

Zweifelhaft ist die weitere dogmatische Grundlage ³⁾ der "Rechtsscheinhaftung". Nach Steinkrauß ⁴⁾ kommt es darauf an, ob die Gründer den "Rechtsschein veranlaßt, also herbeigeführt" haben. Damit bezieht er sich auf ein *H a n d e l n*, das unabhängig von der Publizitätswirkung des Registers den Grund für die Zurechnung eines Schadens bildet. Das Veranlassungsprinzip kann selbständiger Wertungsfaktor des Gesetzes sein ⁵⁾. Weder Rechtsschein- noch Veranlassungsprinzip vermögen jedoch die Haftung aus § 46 zu erklären. Mit Hilfe des Rechtsscheinprinzips, wie es Naendrup und Steinkrauß interpretieren, könnte man konstruktiv jeden Fall einer Vertrauenswerbung oder mißbrauchten Vertrauens Erwartung lösen. Damit würde aber der allgemeine Vertrauensschutz, bei rechtsgeschäftlichem Handeln durch § 242 BGB gewährleistet ⁶⁾, durch einen seiner Spezialfälle ⁷⁾ - Registereintragung - in unzulässiger Weise erklärt. In Wahrheit knüpfen Steinkrauß und Naendrup nicht zwingend an die Registereintragung an. Mit "Veranlassung" und "Herbeiführung" ⁸⁾ nennen sie den hier richtigen Zurechnungsgrund einer Haftung: menschliches Handeln. Die systematische Einordnung der Gründerhaftung muß im

1) Steinkrauß, a.a.O., S. 32

2) Z.B. Angaben in der Gründerversammlung

3) Vergl. Hinweis auf Naendrup, S. 20 d.A.

4) Steinkrauß, a.a.O., S. 40

5) Hubmann, AcP 155 (1956), 85 ff (120 ff) unter Hinweis auf Westermann, Sachenrecht, 4. Aufl. § 45, III, 2, S. 23, der im Recht der beweglichen Sachen beim gutgläubigen Erwerb in § 935 Abs. 1 eine Korrektur des Rechtsscheinprinzips durch das Veranlassungsprinzip verwirklicht sieht.

6) Boehmer, Einführung, S. 328

7) Boehmer, Einführung, S. 311 f

8) Steinkrauß, a.a.O., S. 34, 40

Haftungssystem des BGB bleiben, das sich für Ersatzansprüche anbietet. Dafür spricht außerdem die Voraussetzung des Verschuldens, auf die Steinkrauß ¹⁾ konsequent für die meisten Tatbestände des § 46 verzichten muß. Seine Meinung hat somit auch den klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 46 Abs. 2) gegen sich.

IV. Organhaftung

Nach Auffassung von Ballerstedt ²⁾ ist die Gründerhaftung als Fall einer Organhaftung anzusehen. Ballerstedt behandelt Bewertungsprobleme bei Sacheinlagen und kommt ganz beiläufig zu der Feststellung, "auf der organschaftlichen Stellung der Gründer" beruhe "übrigens auch die Gründerhaftung" ³⁾. Unter Hinweis auf Mann ⁴⁾ hat Ballerstedt eine Organstellung der Gründer kurz herzuleiten versucht; eine weitere Begründung seiner Ansicht zur Rechtsnatur der Haftung schließt sich jedoch nicht an. Seine Ausführungen enthalten keine Auseinandersetzung mit der als gesichert betrachteten herrschenden Meinung zu dieser Frage.

Wie Ballerstedt ⁵⁾ sah schon Staub ⁶⁾ den Haftungsgrund bei Gründung einer GmbH in einem Verstoß gegen Organpflichten. Daraus leitet Staub einen "kontraktlichen" ⁷⁾ Anspruch ab, der auf eine Pflichtverletzung bei "Abschluß eines Gesellschaftsvertrages" zurückgehe. Diese eine GmbH-Gründung betreffende Ansicht könnte sich für das Aktienrecht verwerten lassen. Sie wird in der 3. Auflage des Staub'schen Kommentars von Hachenburg ⁸⁾ aufgegeben, da ein Anspruch bei Zusammen-

1) Steinkrauß, a.a.O., S. 40

2) Ballerstedt, Kapital (1949), S. 77

3) Ballerstedt, a.a.O., S. 77

4) Mann, Sachgründung (1930), S. 19 ff, der zur Gründerhaftung nicht Stellung nimmt.

5) Ballerstedt, a.a.O., S. 77

6) Staub, Komm.-GmbHG, I. Auflg. (1903), § 9 Anm. 28

7) Staub, a.a.O., § 9 Anm. 28

8) Staub-Hachenburg, Komm.GmbHG, 3. Auflg. § 9 Anm. 28, gegen Staub, a.a.O., (1. Auflg.) ausdrücklich auch: Diederich, Diss. jur. Rostock 1929, S. 33; Brunner, Diss.jur. Mainz 1954, S. 59,60

wirken aller Gründer entfallen müsse ¹⁾.

V. Vertragshaftung

Schließlich läßt sich zur Gründerhaftung vertreten, daß sie systematisch zu den Vertragshaftungen gehört. Wieland ²⁾ kommt ohne nähere Begründung für § 202 HGB (§ 46 AktG) zu diesem Ergebnis. Wieland ³⁾ verweist in seinen Ausführungen pauschal auf die Kommentare zu § 202 HGB, ohne daß diese Belegstellen für seine Meinung abgeben könnten und ohne daß er sich mit den abweichenden Auffassungen der Autoren auseinandersetzt.

Wie Wieland sah das Reichsgericht ⁴⁾ bei einer Schwindelgründung "gesellschaftliche Pflichten" ⁵⁾ der Gründer verletzt.

Diese Entscheidung des Reichsgerichtes wurde lebhaft kritisiert ⁶⁾. Soweit ersichtlich, hat sich ihr in diesem Punkt nur Scholz ⁷⁾ angeschlossen, wenn er die Entscheidungsgründe ganz allgemein mit "Treu und Glauben" in Verbindung bringt. Das Reichsgericht hat in erster Linie die Haftung für überbewertete Sachlagen gemeint. Nach Scholz ⁸⁾ soll die Vertragshaftung nur hinsichtlich konkreter Einbringungsverträge gelten.

1) Staub-Hachenburg, § 9 Anm. 28 und oben S. 16 d.A.

2) Wieland, Karl, Handelsrecht, II. Bd. (1931), S. 74

3) Wieland, a.a.O., S. 75, Anm. 24 a.E.

4) RGZ 159, (1939) 321 ff (336) - II 94/38 - Urteil vom 25. Januar 1939, DR 1939, 431 ff (434) für GmbH-Gründung unter Hinweis auf § 39 AktG 1937.

5) Ballerstedt, GmbHRSch 1959, 1 ff (4, 1.Sp.) verkennt die Meinung des RG, indem er irrtümlich annimmt, § 826 BGB sei dafür herangezogen. Gleiches gilt für Schilling in Hachenburg, § 5 GmbHG, Anm. 28 a, der davon ausgeht, das RG habe den Vertragscharakter abgelehnt. Diese Auffassung ist um so unverständlicher, als andererseits Schilling in Hachenburg-§ 9, Anm. 28- die Entscheidung kritisiert, weil sie von einem Vertragsanspruch ausgehe.

6) Sie wird namentlich abgelehnt von Boesebeck, DR 1939 434 ff (436); Brunner, a.a.O., S. 59, 60; Schilling in Hachenburg § 9, Anm. 28

7) Scholz, Komm. GmbHG, § 5, Anm. 17 unter ausdrücklichem Hinweis auf § 39 AktG 1937; Scholz § 46, Anm. 21

8) Scholz, a.a.O., § 46, Anm. 21: Haftung "für die Einlage"; Im übrigen Verweisung auf "außervertragliche Ansprüche".

Die zahlreichen gegensätzlichen Meinungen zur Rechtsnatur der Gründerhaftung lassen eine erneute Untersuchung dieser Rechtsfrage notwendig erscheinen.

§ 3 Bedeutungszusammenhang und Systematik des Gesetzes

Bei einem eigenen Versuch, die Rechtsnatur der Haftung aus § 46 zu bestimmen, stellen sich methodische Vorfragen. - Die Vorschrift muß in unser Haftungssystem eingeordnet werden. Es bietet sich an, zunächst die unzweifelhaften und charakteristischen Elemente der Haftung aus § 46 zu bestimmen. Daraus könnte ein Bedeutungszusammenhang ¹⁾ erhellen, der dieser Vorschrift einen Platz im Haftungssystem zuweist. Im Normalfall ergeben sich aus den Einzelregelungen eines Sonderrechtsgebietes, die es hier zu untersuchen gilt, dennoch allgemein vorkommende Merkmale und juristisch technische Begriffe. Es ist zweifelhaft, ob die Haftungsart von § 46 allein daraus bestimmt werden kann. Außerdem haben neue Untersuchungen ²⁾ gezeigt, daß eine systematische Zuordnung durch logisch-deduktive Ableitung auf Schwierigkeiten stößt ³⁾, weil sich ein Rechtssystem in engem Sinne nur unvollkommen verwirklichen läßt. Das schließt den Versuch einer Zuordnung aus dieser Sicht nicht aus, zumal die dabei gewonnenen Ergebnisse einen weitergehenden inneren Zusammenhang zu den verschiedenen Haftungsarten verdeutlichen können.

I. Gründer

Der Kreis der haftenden Personen ist durch das Aktiengesetz klargestellt: § 28 ⁴⁾ gibt die Legaldefinition für "Gründer" der AG. § 2 setzt die Gründerzahl auf mindestens fünf fest.

1) Larenz, Methodenlehre, S. 114, allgemein dazu.

2) Coing, Bedeutung des Systemgedankens, S. 40, 41, unter Hinweis auf die sogen. soziologische Jurisprudenz.

3) Coing, a.a.O., S. 41; ebenso: Raisch, Beiheft 27 zur ZHR (1962), Abgrenzung S. 11

4) § 21 S. 2 AktG 1937 hatte für die inzwischen entfallene Stufengründung eine Streitfrage des älteren Rechts beseitigt und auch die Sacheinleger zu den Gründern gerechnet.

Nach allgemeiner Ansicht können sich auch juristische Personen, eine OHG ¹⁾ oder eine KG ¹⁾ als Gründer beteiligen. Die Streitfrage, ob Gesellschaften bürgerlichen Rechts ²⁾ oder Erbgemeinschaften ²⁾ Gründereigenschaften haben können, ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht zu entscheiden.

Das deutsche Recht ³⁾ hat damit im Gegensatz zu anderen nationalen Rechten ⁴⁾ eine genaue Definition der Verantwortlichen gegeben. Die begrenzte Zahl der Verpflichteten aus § 46 (Gründer) spricht für sich allein genommen nicht für eine bestimmte Haftungsart. Auch die Deliktshaftung kann einem kleinen Kreis von Rechtsgenossen auferlegt sein ⁵⁾.

II. Verschuldenshaftung

Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung ist die Feststellung, daß die Gründerverantwortlichkeit aus § 46 Verschulden ⁶⁾ voraussetzt. Für § 46, Abs. 2 folgt das schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ⁷⁾. Der Tatbestand des § 46 Abs. 2 ist aus § 39

1) So: Baumbach-Hueck, Komm. AktG, § 2 Anm. 2

2) So: Ritter, a.a.O., § 2 Anm. 36; a.A.: Baumbach-Hueck, Komm. AktG, § 2 Anm. 2; von Godin-Wilhelmi, 3. Aufl. § 2 Anm. 5

3) Ebenso: Belgien: Del Marmol-Dabin, Jura Europae, 20.10.5, Nr. 8; Italien: Colombo-Rotondi, 40.10.1/2, Nr. 3; Niederlande: van der Grinten, 60.10., Nr. 17 ff

4) Z.B. das frz. Recht: vergl. Moreau, Société, S. 579, 580: "par fondateurs il faut entendre ... tous .. qui ont concouru à des manoeuvres frauduleuses"; ähnlich auch die deutschen Vorstellungen vor der Novelle 1884: "... Gründer erscheinen diejenigen Personen, welche in den Gründungsplan eingeweiht sind." Vergl. Verhandlungen des 14. Dtsch. Juristentages in Jena 1878, S. 153.

5) Dietz, Landesreferate, S. 283, 284; z.B. § 833 BGB

6) Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 202 Anm. 2; Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 19; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 3; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl. § 46, Anm. 11; Schmidt, Richard, a.a.O., S. 4,5; Eltzbacher, a.a.O., S. 167; Nieden, a.a.O., S. 23; Brunner, a.a.O., S. 38; - Auslandsrechte- Schweiz: Morant, a.a.O., S. 46 ff; alle EWG-Staaten im Gründungsrecht; Ausnahme: Frankreich, fallweise auch Belgien, Luxemburg, Nachw. bei Lutter, Kapital, S. 521, 81 Fußnt.113; a.A.: Steinkrauß, a.a.O., S. 40

7) a.A. nur Steinkrauß, a.a.O., S. 40

Abs. 2 AktG 1937 und aus § 202 Abs. 1 HGB in dessen Vorläufer Art. 213 a Abs. 1 ADHGB entstanden ¹⁾. Die Ersatzpflicht bei Schädigung durch Sacheinlagen und Sachübernahmen knüpfte noch in § 202 Abs. 1 HGB an die Voraussetzung "böswilligen" Handelns an. Darunter sollte ein "besonderer frevelhafter Leichtsinne" ²⁾, "Steigerung der Fahrlässigkeit bis zur Frivolität" ³⁾ verstanden werden. Für alle Tatbestände des § 202 Abs. 1 HGB galt die Exkulpationsmöglichkeit des § 202 Abs. 2 HGB. Bei Abfassung des Aktiengesetzes 1937 wurde § 39 Abs. 2 AktG 1937 nur aus redaktionellen Gründen ⁴⁾ als besonderer Absatz eingefügt. Mithin gilt § 46 Abs. 3, der den Entlastungsbeweis beibehält, auch für alle in § 46 Abs. 1 und Abs. 2 genannten Tatbestände und macht die Verschuldensvoraussetzung deutlich. § 46 Abs. 4 ⁵⁾ läßt keine Auslegung als Einstandshaftung zu. Die Vorschrift enthält die höchsten Anforderungen an das Verschulden der Gründer, da eine positive "Kenntnis" ⁶⁾ der Zahlungsunfähigkeit des angenommenen Aktionärs oder der Leistungsunfähigkeit des Sacheinlegers vorausgesetzt wird. Aus der Stellung von § 46 Abs. 4 geht außerdem hervor, daß die Exkulpationsmöglichkeit des § 46 Abs. 3 für Abs. 4 nicht gilt ⁷⁾. Einer Entlastung bedarf es nicht, weil § 46 Abs. 4 seinem Wortlaut nach keinen Fall von vermutetem Verschulden treffen will ⁸⁾. Es sind nur diejenigen Gründer verpflichtet, denen Kenntnis nachgewiesen wird ⁹⁾.

1) Vergl. Anhang S. 154 d.A.

2) ROHG 1. (1873), 158; 10 (1874), 218

3) Cosack, Handelsrecht, S. 627, vergl. auch Motive 1884, a.a.O., S. 64

4) Klausling, Amtliche Begründung zu §§ 39 - 44 AktG

5) Zurückgehend auf § 43 Abs. 4 Reg.-Entw. 1960 gilt die Regelung auch für Leistungsunfähigkeit eines Sacheinlegers.

6) Einhellige Meinung: vergl. Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 20, m.Nachw.; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 46 Anm. 11; Ritter, a.a.O., § 39 Anm. 8 will nicht jede grobfahrlässige aber jede arglistige Unkenntnis einbeziehen. Dieser Versuch ist im Hinblick auf den Wortlaut der Vorschrift verfehlt: Vorsatz wird vorausgesetzt.

7) Baumbach-Hueck, Komm.AktG, § 39 Anm. 4; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 4

8) Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 21; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 4

9) Ritter, § 39 Anm. 8

Die Entlastungsmöglichkeit nach § 46 Abs. 3 und die Vorschrift des Abs. 4 sind demnach der beste Beweis dafür, daß § 46 Verschuldenshaftungen aufstellt. Die Gründer haben Sorgfaltspflichten eines "ordentlichen Geschäftsmannes" ¹⁾ zu beachten und im Streitfall dafür Beweis anzutreten ²⁾. An der Verschuldensvoraussetzung in § 46 muß auch eine Kritik jener Meinung ansetzen, die eine Einstandshaftung neben § 46 als verschuldensfreie Garantiehaftung ³⁾ bei Sacheinlagen und Sachübernahmen möglich sein läßt. Ohne daß schon hier ihrer Grundlage nachgegangen wird, steht dieser Ansicht von vornherein die gesetzliche Wertung in § 46 entgegen ⁴⁾.

Für die Frage der Rechtsnatur der Gründerhaftung aus § 46 bringt das Verschulden als Voraussetzung der Ersatzpflicht keine Klärung, da sowohl Vertrags- als Deliktshaftung darauf aufbauen.

III. Schadensersatzanspruch

Neben der Verschuldensvoraussetzung bleibt als nächstes zu untersuchen, ob § 46 einen Schadensersatzanspruch gewährt ⁵⁾. § 46 Abs. 2 weist ausdrücklich auf eine Schadenssanktion hin ⁶⁾.

1) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 46 Anm. 11

2) H.Mg.: Vergl. statt aller: Großkomm.-Gadow (1939), § 39 Anm. 10 und Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 19; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 3

3) So: Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436); ihm folgend: Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 13; Fischer, JZ 1954, 426 ff (428 r); BGHZ 29 (1959), 300 ff (306) (Senatspräsident Fischer); BGHZ 16 (1955), 70 ff (Bundesrichter Fischer); von einem anderen dogmatischen Ausgangspunkt: Herbig, DNotZ 1936, 332 ff

4) Ebenso: v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg. § 46 Anm. 11; vgl. aber mißverständlich: 3. Auflg., § 27 Anm. 5, gegen 2. Auflage, § 20 Anm. 1

5) So: Behrend, a.a.O., (1896), S. 759, RGZ 144 (1934), 348 ff (356, 357); Brand, § 202 Anm. I, 3 b, II B; Brodmann, Komm. AktG, § 202 Anm. 2 b; Düringer-Hachenburg, a.a.O., § 202 Anm. 49; Ritter, § 39 Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski, § 39 Anm. 2; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 3; Wolany, AG 1966, 118 ff (121)

6) Deshalb umstreitig Schadensersatzanspruch; statt aller Lutter, a.a.O., S. 278

Schaden ist jeder Nachteil, der zu einer Güterminderung oder zu einem Entgang von Vorteilen für eine Person führt ¹⁾. Der hier allein in Betracht kommende Vermögensschaden muß deshalb als eine Einbuße von wirtschaftlichen Gütern der AG bestimmt werden. § 46 Abs. 4 deutet an, worauf es für diesen Fall beim Schaden ankommt: Der Gesellschaft muß ein "Ausfall" entstanden sein. Dieser "Ausfall" liegt in dem durch Zahlungs- oder Leistungsunfähigkeit verkürzten Grundkapital. Es bietet sich an, diese gesetzliche Bestimmung des Schadens und zugleich des Interesses auf § 46 Abs. 1 zu übertragen.

Für § 46 Abs. 1 ²⁾ und Abs. 4 ³⁾ nimmt eine vordringende Meinung jedoch an, daß diese Vorschriften eine "Gewährleistungshaftung" aufstellen. Ballerstedt ⁴⁾ hält diese Auffassung für "bestechend" ⁵⁾, wenn er die Rechtsnatur auch "für nicht abschließend geklärt" ⁶⁾ erachtet.

"Gewährleistung" ist als Kennzeichen schon deswegen irreführend, weil dieses Institut im Sinne des bürgerlichen Rechts kein Verschulden voraussetzt. Die Ansicht führt außerdem zu dem Widerspruch, daß einerseits eine "Gewährschaft für das Vorhandensein des Grundkapitals schlechthin" ⁷⁾ anklingt, andererseits ⁸⁾ aber für alle Fälle Verschulden Voraussetzung sein soll. Wenn der Rechtsbegriff Gewährleistung nur verdeutlichen soll, daß die Gründer für die Richtigkeit von Angaben haften müssen, ist nicht einzusehen, warum diese Rechtsfolge

-
- 1) H.Mg.: Vergl. Palandt-Danckelmann, Vorbem. § 249 Anm. 1; Fikentscher, a.a.O., § 50 I 2., S. 240 bestimmt den Begriff dahin, daß eine Einbuße an den rechtlich geschützten Rechtsgütern vorliegen muß.
 - 2) Von Godin-Wilhelmi, 3. Auflg. § 46 Anm. 13, 14, Großkomm. Fischer, § 39 Anm. 10; Lutter, a.a.O., S. 278; Boesebeck, DR 1939, 320 f (321); Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 1
 - 3) Von Godin-Wilhelmi, 3. Auflg. § 46 Anm. 17 mit Nachw.
 - 4) Ballerstedt, Besprechung, ZHR 127 (1965), 92 ff (103 f)
 - 5) Ballerstedt, Besprechung, S. 103
 - 6) Ballerstedt, Besprechung, S. 104
 - 7) Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 1, 3
 - 8) Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 3

nicht aus § 249 BGB (251 BGB) entnommen wird ¹⁾). Der weitere Schritt, daß die Gründer in der Form verantwortlich sind, daß sie ihre Angaben verwirklichen müssen, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Für eine Schadensersatznorm spricht der Wortlaut des Gesetzes. Es heißt in § 46 Abs. 1: "Unbeschadet der Verpflichtung des sonst entstandenen S c h a d e n s", weiter in § 47 schließlich ganz allgemein: "Schadensersatz der Gründer"..

Die Behauptung von Lutter ²⁾ " § 39 Abs. 1 AktG 1937 (§ 46 Abs. 1) spreche nicht von einem Schaden", steht im Gegensatz zum klaren Wortlaut des Gesetzes (§ 46 Abs. 1 S. 3).

Von Godin-Wilhelmi ³⁾, die zu diesem Punkt ausführlich Stellung nehmen, meinen, die Gesellschaft könne "durch die Tatsache ihrer Entstehung allein nicht geschädigt" ⁴⁾ sein. Das trifft zu. Es läßt sich aber daraus nicht schließen, § 46 Abs. 1 und Abs. 4 liege keine Schadensersatzpflicht zugrunde. Nicht die "Entstehung" des Verbandes ist Anknüpfungspunkt, sondern die unzulängliche Ausstattung mit Kapital als Grundlage des Unternehmens. Die Argumentation mit der Entstehungszeit ⁵⁾ geht unausgesprochen auf den Ausgangspunkt zurück, daß alle Vorgänge vor Rechtsfähigkeit der Gesellschaft für eine Prüfung der Haftungsgrundlagen unberücksichtigt bleiben müssen, da die juristische Person noch nicht existent sei. - Boesebeck kommt zum gleichen Ergebnis über die Feststellung, daß Pflichten gegenüber der Öffentlichkeit betroffen seien ⁶⁾.

Wenn für § 46 Abs. 1 der Charakter als Schadensersatznorm weitgehend abgelehnt wird, geht man von der Eigenart des haftungsbegründenden Tatbestandes aus: Die Haftung knüpft an

-
- 1) So ausdrücklich: RGZ 144, 348 ff (356); Ritter, Anm. 2 a; Dregger, a.a.O., S. 24; a.A.: von Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 46 Anm. 13, zu Unrecht auf RGZ 144, 348 ff gestützt.
 - 2) Lutter, a.a.O., S. 278, Fußnt. 277
 - 3) von Godin-Wilhelmi, 2. Auflg., § 39 Anm. 5; vergl. auch § 39 Anm. 11; 3. Auflg., § 46 Anm. 13
 - 4) von Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 46 Anm. 13
 - 5) Vergl. oben S. 12 d.A.
 - 6) Boesebeck, DR 1939, 320 f (321)

Erklärungen ("Angaben") der Gründer an. Diese Besonderheit hat jedoch nur historische Gründe, die für eine Auslegung der Vorschrift heute nicht mehr bestimmend sein können. Der Gesetzgeber sah sich 1884 veranlaßt, die Schadensabwicklung so klarzustellen, daß Rechtsfolgen, wie sie heute § 249 BGB enthält, in einem Punkte nicht durchdrangen, der für das Kapitalgesellschaftsrecht wegen wichtiger Verkehrsschutzinteressen herausragte. Man wollte deutlich machen, daß hier keine Naturalrestitution durch bloße Rücknahme der "Angaben" in Betracht kam, wodurch die Gesellschaft "sozusagen ausgetilgt"¹⁾ würde. Aus aktienrechtlichen Gründen mußte das Aufkommen des Grundkapitals sichergestellt und Schadensersatz (§ 251 BGB) in Geld gefordert werden. Hierbei ist zu bedenken, daß die dogmatischen Grundlagen 1884 unbekannt waren, die ausschließen, eine ins Leben gerufene Gesellschaft wegen Willensmängel und wegen anderer Gründungsfehler nachträglich mit ex - tunc - Wirkung aufzuheben. Der Gesetzgeber späterer Jahre hat die Vorschriften des ADHGB - mithin auch die Anknüpfung an "Angaben" - übernommen, weil er keinen Grund gesehen hat, bewährte Vorschriften zu ändern.

Der in § 46 Abs. 1, 1. Satz beispielhaft ²⁾ festgelegte Schadensausgleich ³⁾ ist die aktienrechtlich gebotene Form der Schadensabwicklung. Es konnte Rechtssprechung und Rechtslehre nicht überlassen bleiben, die Art des ersetzbaren Interesses zu entwickeln zu einer Zeit, als der Streit um fehlerhafte Beitrittserklärungen noch weitgehend unausgetragen war. Die angegebene Form der Schadensanktion begrenzt die Ersatzpflicht nach unten, läßt aber keine Rückschlüsse auf "Gewährschaft" zu. Die Anknüpfung an "Erklärungen" ist außer-

1) RGZ 144 (1934), 348 ff (357)

2) So auch Höppner, Praxis des Aktienrechts, S. 341

3) "Fehlende Einzahlungen leisten; Vergütung, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen ist, ersetzen" § 46 Abs. 1, 1. S. Ähnlich wie hier im Ergebnis für den parallel liegenden Fall des § 93 Abs. 3 (84 Abs. 3 AktG 1937): RGZ 159 (1939), 211 ff (229 f)

dem keineswegs typisch ¹⁾ für das Gewährleistungsrecht. Schadensersatzansprüche, die auf falsche Zusicherungen zurückgehen, gibt es dagegen häufig ²⁾.

Noch im § 202 HGB bezogen sich die "Angaben" der Gründerhaftung auf die Anmeldung zum Handelsregister ³⁾. § 39 AktG 1937 ließ diese Beschränkung fallen ⁴⁾. Die in § 46 Abs. 1 enthaltene Verpflichtung aus § 54 Abs. 3 ⁵⁾ war ⁶⁾ früher ebenfalls als Kundmachungsverpflichtung vor Eintragung in das Handelsregister (§ 195 Abs. 3 HGB) normiert. Wenn der Gesetzgeber an Verlautbarungen der Gründer anknüpft, kann er - zusammen mit dem Auffangtatbestand des § 46 Abs. 2 für Schädigungen durch die sog. "gefährlichen Abreden" - a l l e Fälle einer Schädigung der Gesellschaft erfassen. Falsche Angaben bei Übernahme von Aktien führen zu einem Schaden, wenn die offenen Anteile nicht übernommen werden ⁷⁾. Hat der Vorstand eingezahlte Beträge nicht zur freien Verfügung, liegt darin ebenfalls ein Schaden der AG ⁸⁾; denn Vermögen und Kreditgrundlage können nicht rechtzeitig ausgeschöpft werden. Ein Schaden im Rechtssinne entsteht schon, wenn die Durchsetzbarkeit einer Forderung erschwert ist ⁹⁾. Im Unterschied zu einem bloß drohenden Schaden hat sich ein Nachteil bei nicht verfügbarer Bar- oder Sacheinlage bereits konkretisiert. Unrichtige Angaben über die Verwendung eingezahlter Beträge sollten deshalb nur dann zu einem Anspruch führen, wenn der Ge-

1) So aber Lutter, a.a.O., S. 278, Fußnt. 277

2) Hauptfälle: Culpa in contrahendo und §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB

3) Vergl. Anhang Nr. II oben S. 155 d.A.

4) Ebenso heute § 46 Abs. 1

5) Gleicher Wortlaut und gleiche Stellung im Gesetz, § 49 Abs. 3 AktG 1937

6) Systematische Stellung im Abschnitt "Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter" erst seit AktG 1937

7) Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 9

8) a.A. aber Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 10; v. Godin-Wilhelmi, 2. Aufl. § 39 Anm. 8

9) Vergl. Nachw. bei RGRK-Nastelski, Komm.BGB, vor § 249 Anm. 4; RGZ 62 (1906), 331 ff (333)

sellschaft dadurch ein Schaden entsteht. Die Annahme einer Gewährschaft aus § 46 Abs. 1 kann in Einzelfällen zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Würden die Gründer z.B. nachträglich gezwungen, die Verwendung der Beträge wie angekündigt vorzunehmen, könnten gegebenenfalls große Nachteile für die Gesellschaft entstehen, da inzwischen auf der Grundlage falscher Angaben geschäftlich anders - u.U. erfolgreich - disponiert wurde.

Die Auslegung des § 46 als Schadensersatznorm stützt sich auf eine weitere Überlegung. Wenn der Gesellschaft kein Vermögensnachteil durch falsche Angaben entstanden ist, gibt es kein Schutzbedürfnis. Es dient weder der Gesellschaft noch sonstigen Beteiligten, ein Entstehen für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu verlangen, wenn darauf kein Schaden der Gesellschaft zurückgeht ¹⁾. Falls kein schutzwürdiges Interesse Ausgleich verlangt, ist eine Ersatzleistung ohne Schaden sinnlos.

Die Beispiele bei von Godin-Wilhelmi ²⁾, die belegen sollen, daß § 46 Abs. 1 keine Schadensersatznorm sei, sind nicht zwingend. Sie verweisen auf den Fall, daß Gründer pflichtwidrig verschweigen (Vollständigkeit der Angaben), ob für Rechnung von Vorstandsmitgliedern Aktien übernommen wurden. Dieses Schweigen könne zu einem Schaden der AG führen, der jedenfalls auch dann entstanden wäre, wenn die Gründer die Beteiligung angegeben hätten. - Zunächst fällt auf, daß hier ein Beispiel für eine abweichende Meinung (Gewährschaft) angeführt wird, das von einem Schaden der Gesellschaft ausgeht. Sodann ist die Behauptung nicht zutreffend, daß auf einen Schaden komme es nicht an, weil dieser in jedem Falle - auch bei

1) Angedeutet bei: Ballerstedt, Besprechung, a.a.O., ZHR 127 (1965), 92 ff (104); vergl. aber S. 103, wo die Mg. ("Gewährschaft") als "bestechend" bezeichnet wird.

2) Von Godin-Wilhelmi, 3. Aufl. § 46 Anm. 13, die RGZ 144, (1934) 348 ff (358) zu Unrecht für ihre Meinung anführen. Ebenfalls nicht zutreffend der Hinweis auf RGZ 154 (1937), 276, ff.

richtiger Angabe - entstanden wäre. Gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 2 ¹⁾ hätte eine Gründungsprüfung stattgefunden, wenn die Beteiligung von Organen bei vollständiger Angabe der Gründer bekannt gewesen wäre. Unbeteiligte Organe der Gründergesellschaft, Gründungsprüfer und Registerrichter hätten die Möglichkeit zur Kontrolle gehabt. Im Normalfall würde sich der Mangel dann beheben lassen. Von Godin-Wilhelmi ²⁾ versuchen diesen naheliegenden Einwand später mit dem Hinweis zu entkräften, daß die Gesellschaft in Ausnahmefällen auch bei vollständigen Angaben über pflichtwidriges Verhalten der Mitgründer eingetragen werden könne. Diese Abwandlung zeigt aber gerade, daß § 46 Abs. 1 in Wahrheit nur eine Schädigung der Gesellschaft verhindern soll; denn setzt man die vollständige und richtige Angabe der Gründer über pflichtwidriges Verhalten in dem Beispielsfall voraus, brauchten die Gründer gemäß § 46 Abs. 1 keinen Ersatz zu leisten ³⁾.

Ebensowenig geeignet, § 46 Abs. 1 als "Gewährleistung" zu erklären, ist ein weiterer Beispielsfall, den von Godin-Wilhelmi ⁴⁾ anführen: Wenn Gründer einen Zwischengewinn zu niedrig angegeben haben, sollen sie den fehlenden Betrag der Gesellschaft erstatten müssen. Da indessen die Differenzsumme regelmäßig dem Kapital der Gesellschaft fehlen wird, kommt man zum gleichen Ergebnis über einen Schadensersatzanspruch. Nur dann ist eine Ersatzleistung angebracht. Als Konsequenz einer "Gewährschaft" ergäbe sich, daß gemäß § 46 Abs. 1 bei ausnahmsweise zu hoch angegebenem Zwischengewinn die Gründer den überschießenden Betrag wieder aus der Gesellschaft entnehmen müßten.

Das Gesetz wollte einen Schaden der AG vermeiden. Es geht zutreffend davon aus, daß dieser Schaden durch ein engmaschi-

1) Gleicher Wortlaut § 25 Abs. 2 Nr. 2 AktG 1937

2) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 46 Anm. 13 a.E.

3) Die Gesellschaft wäre ggf. auf Ansprüche gegen die Gründungsprüfer oder gegen das Land (wegen Amtspflichtverletzung des Registerrichters) angewiesen. Vergl. dazu RGZ 154 (1937), 274 ff (274 Lts.)

4) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 46 Anm. 13

ges System der verschiedenen Gründungskautelen verhindert wird, sofern die Gründer "offene Karten" haben. Richtige Angaben sind notwendig, damit die Prüfungsorgane einen richtigen Einblick gewinnen.

Ohne Konstruktionsschwierigkeiten und ohne "Gewährschaft" gibt § 249 (§ 251) BGB den Inhalt der Ersatzpflicht an. Wenn der AG durch die falschen oder unvollständigen Angaben eines Gründers Schaden entstanden ist, muß die Gesellschaft so gestellt werden, wie sie bei zutreffenden Angaben gestanden hätte. Dafür gilt als einzige Besonderheit zur Schadensabwicklung, daß nicht der Zustand aus der Zeit vor der falschen Angabe wiederhergestellt werden darf ¹⁾. Die Gesellschaft ist in Geld zu entschädigen (§ 251 BGB).

§ 46 Abs. 4 ist gleichfalls kein Fall einer Gewährleistungshaftung ²⁾. Diese Vorschrift sollte zwar nicht als der "schlimmste" Fall einer Schädigung der AG ³⁾ angesehen werden, weil Gründungsschwindel bei Bewertung von Sacheinlagen zu allen Zeiten im Vordergrund stand ⁴⁾. Jedenfalls gefährdet aber die Annahme eines zahlungsunfähigen Aktionärs das Aufkommen des Grundkapitals ⁵⁾. Ein Fehlbestand im Grundkapital macht den Schaden der AG aus. Daran läßt auch der Wortlaut des Gesetzes keinen Zweifel; fordert § 46 Abs. 4 ⁶⁾ doch ausdrücklich, der Gesellschaft müsse durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs ein "Ausfall" entstanden sein.

Alle Fälle der Haftung nach § 46 betreffen aus den dargestellten Gründen Schadensersatzansprüche.

1) Vergl. RGZ 144 (1934), 348 ff (356).

2) So aber v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg. § 46 Anm. 17, ohne Begründung

3) Dafür Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 53

4) Dregger, Vorgesellschaft, S. 52

5) Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 15

6) Vergl. gleichen Wortlaut in § 39 Abs. 4 AktG 1937; Anhang S. 156

IV. Beweislast

Die Verschuldensvermutung ¹⁾ des § 46 Abs. 3 bewirkt eine Umkehrung der Beweislast ²⁾. - Zwar könnte man zur Beweislast in § 46 einen Zusammenhang mit den §§ 282, 285 BGB sehen; ein Vergleich deckt aber nur die Ähnlichkeit der Interessenlage auf: Bei Vertragsverletzungen und bei Leistungsstörungsfällen entsteht häufig ein Beweisnotstand für den Gläubiger ³⁾. Nicht anders ist die Beweislage für die gerade entstandene AG, deren neu hinzugekommene Organe und Aktionäre keinen Einblick in die Vorgänge bei Gründung der Gesellschaft nehmen konnten. Wenn auch diese Regelung der Beweislast als Frage des materiellen Rechts anzusehen ist ⁴⁾ und ganz allgemein für die Vertragshaftung im Gegensatz zum Delikt typisch sein soll ⁵⁾, kann die darin liegende gesetzliche Interessenbewertung für die Rechtsnatur nicht entscheidend sein. Sie betrifft nur einen kleinen Ausschnitt der Haftungsnorm. Allein von der Beweispflicht her kann auf den Anspruchsgrund nicht geschlossen werden. Der Beweisnotstand ist nicht gebunden an bestimmte Haftungsarten, sondern entsteht aus den Gegebenheiten einer Sachlage.

Die Beweislastregelung versucht aber Wolany ⁶⁾ als Argument für eine Deliktshaftung anzuführen. Die Darstellung von Wolany ⁶⁾ legt es nahe, daß er alle Tatbestände des § 46 für "Ausgleich nach dem Grundgedanken des § 831 BGB" ⁷⁾ hält, da diese Vorschrift ebenfalls eine Entlastungsmöglichkeit vorsehe. § 831 BGB sollte aber allenfalls mit § 46 Abs. 5 AktG in Beziehung gebracht werden. Nur in § 46 Abs. 5 wird die

1) S. o. S. 26 d.A.

2) S. o. S. 26 d.A.

3) Soergel-Reimer Schmidt, Komm. BGB, § 282 Rdn. 1;

Raape, AcP 147 (1941), 217 ff (222)

4) Raape, AcP 147 (1941), 217 ff (221) mit Nachw. zum Streitstand.

5) Eichler, AcP 162 (1963), 401 ff (413)

6) Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 45 zu § 39 Abs. 3 AktG 1937

7) Wolany, a.a.O., S. 45

Zurechnung fremden Handelns berührt. Für den normalen haftungsbegründenden Tatbestand der §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2, 826 BGB ist der Entlastungsbeweis nicht typisch ¹⁾. § 831 Abs. 1 S.2 BGB ist vielmehr Annahmenvorschrift im Recht der unerlaubten Handlung ¹⁾. §§ 282, 285 BGB und das darin liegende Exkulpationserfordernis sind eher Kennzeichen vertraglicher Haftung ²⁾. Die Gründer sind außerdem nicht als Gehilfen des Handelnden verantwortlich, sondern in ihrer Eigenschaft als Gründer. Vermutetes Verschulden und Entlastungsmöglichkeit berühren den Rechtsgrund des Anspruches nicht. Die Beweislast stellt eine Zweckmäßigkeitsentscheidung ³⁾ des Gesetzgebers dar, bestehende Beweisschwierigkeiten oder für Unbeteiligte unüberschaubare Interessenlagen nach den Vorstellungen eines gerechten Interessenausgleichs zu regeln. Entlastungsbeweis und Verschuldungsvermutung sind nicht auf das Deliktsrecht beschränkt; sie können deshalb auch keine brauchbare dogmatische Begründung für eine Deliktsnatur des § 46 abgeben.

V. Verjährung, Gesamtschuldnerhaftung und Gründergenossen

Eine weitere Besonderheit der Gründerhaftung liegt in der Verjährung (§ 51) ⁴⁾. Die fünfjährige Frist ⁵⁾ könnte man als eine Annäherung an die Deliktsverjährung des § 852 BGB auffassen. Die Verjährungsvorschrift kann jedoch für die Frage der Rechtsnatur von § 46 keinen entscheidenden Hinweis geben. Verjährungsfristen wie die Beweislastverteilung gehen auf gesetzgeberische Zweckentscheidungen ⁶⁾ zurück, die der jeweiligen Interessenlage angepaßt sind. Im Vertragsrecht sowie in allen Sonderrechtsgebieten lassen sich für eine verkürzte

1) Krönig, MDR 1953, 647 ff (648)

2) Krönig, a.a.O., S. 648

3) Rosenberg, Beweislast (1956), S. 91

4) Gleicher Wortlaut: § 44 AktG 1937

5) Nach frz. Vorbild, vergl. Moreau, a.a.O., S. 582, unter Hinweis auf loi 24 juillet 1867

6) Breucker, Verjährung, S. 2 ff; RGZ 106 (1923), 82 ff (84)

Verjährungszeit zahlreiche Beispiele geben ¹⁾. Weil Gründungsvorgänge sich lange hinziehen können ²⁾, mußte die Ungewißheit über die Berechnung der Frist beseitigt werden. Deshalb knüpfte der Gesetzgeber den Lauf der Verjährung an den Zeitpunkt der Eintragung ³⁾ an. Darüber hinaus liegt es im Interesse der Beteiligten und entspricht einem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, eine mit Gründungsschwindel belastete Aktiengesellschaft möglichst frühzeitig zu sanieren.

Mehrere ersatzverpflichtete Gründer haften nach § 46 Abs. 1 gesamtschuldnerisch. Das soll nach einhelliger Meinung ⁴⁾ für alle Tatbestände des § 46 gelten. - Weder aus der Gesamtschuldnerschaft als einem Gläubigerprivileg ⁵⁾ noch aus der Haftung sogenannter Gründergenossen (§ 47) ⁶⁾ ergeben sich Rückschlüsse auf die Rechtsnatur von § 46. Zwar legt eine Vorschrift wie § 47 einen Vergleich mit § 830 Abs. 2 BGB nahe; § 47 enthält jedoch nur eine ausdrückliche Ausdehnung der Rechtsfolgen des § 46. Wie die Erschwerung von Verzichten und Vergleichen (§§ 50, 147 Abs. 1) ist die Gründergenossenhaftung eine Sonderregelung des Aktienrechts. §§ 50, 147 Abs. 1 stellen Minderheitenrechte auf ⁷⁾. Die Streitfrage, ob damit auch ein Gläubigerschutz verwirklicht werden soll ⁸⁾, gibt für diesen Zusammenhang nichts her. - Der Rechtsgrund der Gründerhaftung wird aus diesen aktienrechtlichen Besonderheiten nicht deutlich.

1) Schuldrecht: Vergl. §§ 585, 606, 477 BGB; Familienrecht: § 1623 S. 2 BGB; Erbrecht: § 2332 Abs. 1 BGB; § 88 HGB (Handelsvertretervertrag); § 43 Abs. 4 GmbHG (Geschäftsführerhaftung)

2) Dregger, a.a.O., S. 3

3) Vgl. Klarstellung in AktG 1965 § 51 S. 2

4) Grobkomm.-Fischer, § 39 Anm. 22; Baumbach-Hueck, § 39 Anm. 2

5) Soergel-Reimer Schmidt, a.a.O., § 421 Rdn. 1

6) Gleicher Wortlaut: § 40 AktG 1937

7) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 50 Anm. 1; Riesser, a.a.O., S. 15; Schönle, ZHR 126 (1964), 199 ff (221 f) für ähnliche Vorschriften früheren Rechts.

8) Vergl. Brox, BB 1960, 1226 ff (1227) für die entsprechende Vorschrift des § 84 Abs. 4 S. 3 AktG 1937 (§ 93 Abs. 4 S. 3 AktG 1965)

VI. Teilergebnis

Die angeführten Kennzeichen der Gründerhaftung lassen eine Entscheidung der aufgeworfenen Streitfrage nicht zu. Sie machen allenfalls deutlich, daß § 46 als spezifisch aktienrechtliche Haftung ¹⁾ typische Sonderregelungen "am Rande der Haftung" aufweist. Der Gesetzgeber versucht auf diese Weise, der besonderen Interessenlage eines Spezialrechtsgebietes Rechnung zu tragen.

§ 4 Historische Auslegung

Für das Problem der Rechtsnatur einer Haftung aus § 46 bietet sich als weiterer Lösungsversuch eine historische Auslegung der Vorschrift an. Bei dieser Frage geht es nicht um die Grenzen einer Norm ²⁾, sondern darum, ob eine historische Betrachtung erkennbar machen kann, daß die an der Gesetzgebung beteiligten Personen eine bestimmte systematische Einordnung der Vorschrift gewollt haben und ob sich aus einer gesetzesvergleichenden Auslegung der oft neu normierten Gründerhaftung ein Ergebnis ableiten läßt. Wenn sich zu diesem Punkt eine klare Feststellung treffen läßt, bleibt zu fragen, welchen Wert diese Erkenntnis für die Rechtsnatur hat.

Der 14. Deutsche Juristentag in Jena diskutierte im Jahre 1878 über Gründungsschwindel. Man untersuchte die Frage, ob das Verschweigen von Gründergewinn als "Betrug den ersten Aktienzeichnern oder anderen gegenüber" ³⁾ strafbar sei und ob es eine "besondere Wahrheitspflicht" ⁴⁾ der Gründer gebe. Die Rechtsnatur einer Haftung klang nur unter dem Gesichtspunkt des Betruges zum Nachteil einzelner Betroffener an.

1) H.Mg.; vergl. schon Richard Schmidt (1888), a.a.O., S. 4,5

2) Larenz, Rechtsfortbildung, NJW 1965, 1 ff (1) nennt das "Konkretisierung der Norm".

3) Verhandlungen, S. 152 ff (153)

4) Verhandlungen, a.a.O., S. 153

Bevor die Novelle 1884 zum ADHGB in den Art. 213 a - e die Gründerhaftung einführte, wurde vom Reichsgericht in Einzelfällen eine Haftung aus §§ 10, 24-26, I, 6, pr. ALR (Deliktsobligationen) begründet ¹⁾. Diese Rechtsprechung kann aber als Wurzel für die Normierung der Gründerhaftung nicht angesehen werden, weil sie den systematisch neuen Weg nicht kannte, den der Gesetzgeber von 1884 wählte: Die Haftung geht in Art. 213 a Novelle 1884 von einem Anspruch der Gesellschaft ²⁾ aus; die Entscheidungen berühren aber Schadensersatzforderungen der Gläubiger. - Die Referenten der Novelle von 1884 ³⁾ zweifelten nicht daran, daß die Haftung in Art. 213 a ff zu den Unerlaubten Handlungen gehöre. Das Reichsgericht ⁴⁾ erwähnte zwar ablehnend "dolus in contrahendo", verwies aber ohne nähere Begründung auf die einhellige Meinung zur Deliktsnatur dieser Vorschriften.

Bis auf Wiener ⁵⁾ bezeichnen Materialien ⁶⁾ und andere Quellen ⁷⁾ zur Vorgeschichte des Gesetzes die Rechtsnatur der Haftung nicht ausdrücklich. Dieses Schweigen kann aber nicht die Bedeutung haben, daß eine offene Rechtsfrage der Wissenschaft zur Klärung überlassen bleiben sollte. Die Rechtsnatur der Gründerhaftung wurde bei Entstehung des Gesetzes so zweifelsfrei dem Deliktsrecht zugeschrieben, daß sich jede Diskussion erübrigte. Es läßt sich also erkennen, wie die an der Gesetzgebung von 1884 beteiligten Personen die Rechtsnatur der Haftung aufgefaßt wissen wollten.

Daraus ergibt sich die Frage, welchen methodischen Wert diese Feststellung als Ausgangspunkt haben kann. Schon aus vor-

1) RGZ 10, (1883); 74 ff; später RGZ 39 (1897), 245 ff (246)

2) Vergl. Anhang, S. 154 ff d. A., Nr. I

3) Vergl. S. 3 der Arbeit; Hauptreferent Wiener, ZHR 25, (1880) 1 ff (6,14); Perl, Gruchot 27 (1883) 338 ff, (343) verweist auf das frz. Vorbild (Deliktsrecht).

4) RGZ 18 (1886), 56 ff (70,71)

5) Wiener, a.a.O., S. 6,14

6) Stenographische Berichte von den Sessionen des Reichstages, vgl. S. 1 d. A., Fußnt. 9; Motive zur Novelle 1884, S. 63 ff

7) Kayser, Erläuterungen (1884) Art. 213 a

dergründiger Sicht ist für die Gründerhaftung zweifelhaft, ob der Kenntnis von dem "Willen des Gesetzgebers" ¹⁾ Gewicht zukommt. Eine Schwierigkeit der sogenannten "subjektiven Methode" ²⁾ wird hier bestätigt: Für die Gründerhaftung läßt sich der Wille des historischen Gesetzgebers - als physischer Wille der an der Gesetzgebung beteiligten Referenten ³⁾ nur für die Novelle von 1884 feststellen. Die Materialien verlieren aber an Auslegungswert, je älter das auszulegende Gesetz ist ⁴⁾. Die Verbindung zwischen "Gesetz und seinen Schöpfern" ⁵⁾ scheint heute abgerissen zu sein, weil Art. 213 a - e ADHGB in § 202 ff HGB und diese über § 39 ff AktG 1937 in § 46 ff aufgegangen sind ⁶⁾. Eine Verbindung könnte allenfalls dadurch gegeben sein, daß der Gesetzgeber sich stets auf die alte Regelung bezogen hat ⁷⁾. Da aus Anlaß der neuen gesetzlichen Normierungen die Rechtsnatur nie ausdrücklich genannt wurde, hat möglicherweise der Gesetzgeber die alte Regelung und ihre Grundlage in seinen Willen aufgenommen.

Der historischen Auslegung kommt jedoch in unserem Zusammenhang aus weiteren Gründen nur geringe Bedeutung zu. Anders als der Streit um die Grenzen eines Tatbestandes ist die systematische Stellung im Haftungsrecht vornehmlich der Rechtswissenschaft zur Klärung überlassen. Wenn eine ausdrückliche gesetzliche Zuweisung - wie hier - fehlt, müssen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft mit ihren Methoden aus dem objektiven Kriterien der Haftung eine Interpretation versuchen.

1) Larenz, Methodenlehre, S. 237

2) Larenz, Methodenlehre, S. 237; Westermann, Festschr. NRW (Karl Arnold) 285, 286 m. Nachw.;

3) S. o. S. (39) d.A., FuBnt. 5; die Gesetzgebungskörperschaften nahmen nicht Stellung.

4) Westermann-Lepsien, NJW 1966, 430 ff (432)

5) Westermann, Festschr. NRW (Karl Arnold), S. 285, allgem. zur subjektiven Methode.

6) Vergl. ebenso § 43 ff Reg.-Entw. 1960; s.o.S. 1 d. A.

7) Vergl. Materialien zum HGB (1897), S. 297; Amtl. Begr. zum AktG 1937 bei Klausning, § 39, S. 111, 112; Kropf, Aktiengesetz (1965), S. 64

Für die Gründerhaftung bestätigt sich diese Auffassung, ohne daß der alte Streit um die Berechtigung einer subjektiven oder objektiven Auslegung eingehender aufzugreifen wäre. Der in einer Vorschrift zum Ausdruck kommende objektive Gehalt und der systematische Sinnzusammenhang müssen jedenfalls dann allein entscheidend sein ¹⁾, wenn eine anerkannte und gefestigte Rechtsfortbildung durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft den Vorstellungen des historischen Gesetzeswillens ²⁾ inzwischen widerspricht ³⁾; andernfalls würde eine Fortentwicklung des Rechtes nicht möglich sein. Den veränderten und gewandelten Lebensverhältnissen und Rechtsanschauungen könnten Rechtsprechung und Wissenschaft nicht entgegenkommen, weil sie durch die historische Auslegungsmethode blockiert würden.

Unter diesem Blickwinkel ist die subjektive Methode zur Interpretation der Rechtsnatur von § 46 in besonderem Maße unbrauchbar. Das Reichsgericht ⁴⁾ hat im Jahre 1886 eine eingehend begründete Entscheidung gefällt, als es "dolus in contrahendo" für die Gründerhaftung beiläufig abgelehnt hat, weil die dogmatische Grundlegung dieser Lehre noch in den Anfängen steckte ⁵⁾. Die Lehre zur positiven Vertrags- oder Forderungsverletzung entstand ebenfalls erst später ⁶⁾. Es ist deshalb konsequent, wenn die Gründerhaftung 1884 als Delikt galt. Eine andere Entscheidung ließ sich nach dem Stand der Erkenntnisse, soweit sie herrschend waren, gar nicht treffen. Für die Rechtsnatur der Haftung ist deshalb der Wille der beteiligten Referenten gleichgültig, ohne daß es auf eine

-
- 1) Dafür grundsätzlich BVerfGE 1 (1952), 299 ff (312)
 - 2) Vergl.: Westermann, Festschr. NRW (Karl Arnold) S. 286 der ganz allgemein der Bezeichnung "Wille des Gesetzes" den Vorzug vor der Bezeichnung "Wille des Gesetzgebers" gibt: ähnlich: Engisch, Einführung, S. 142.
 - 3) Larenz, Methodenlehre, S. 261 ff nennt das den "Bedeutungswandel" einer Rechtsnorm.
 - 4) RGZ 18 (1886), 56 ff (70,71) für Rechtslage vor 1884
 - 5) Erstmals Ihring, Ihrg. Jahrb. 4 (1861), 1 ff; RG in JW 1909, S. 684, Nr. 3 lehnte die Lehre noch ab; erstmalig 1910, in WarnE 1910, S. 110 vertreten.
 - 6) Staub, Festschr. zum 26. Juristentag (1902), S. 29 ff

grundsätzlichere Auseinandersetzung mit der subjektiven Methode ankäme. Die Entwicklung im Haftungsrecht ist 80 Jahre nach Erlass der Gründerverantwortlichkeit weit fortgeschritten. Wenn es richtig sein soll, von einer "Wandlung des Deliktsrechts" ¹⁾ und von einer Ausdehnung vertraglicher Ansprüche ²⁾ auszugehen, muß auch der Tatbestand des § 46 näher auf seinen Rechtsgrund hin untersucht werden.

§ 5 Wertungswiderspruch

Die herrschende Meinung zur Rechtsnatur der Gründerhaftung ³⁾ ist neu zu durchdenken, wenn sich herausstellen sollte, daß sie zu einem "Wertungswiderspruch" ⁴⁾ führt. - Larenz ⁵⁾ untersucht eingehend immanente Prinzipien der Rechtsordnung als methodische Mittel der Rechtsfortbildung. Zu diesen Prinzipien gehöre auch, daß Wertungswidersprüche vermieden würden. Man darf annehmen, daß der Gesetzgeber Gleichartiges gleich regeln wollte ⁶⁾. - Der Unterschied zum Normalfall eines Wertungswiderspruches besteht darin, daß hier nicht ausdrückliche gesetzliche Wertungen einander ausschließen. Ein Gegensatz kann aber zwischen § 46 Abs. 5 und der Meinung vom Deliktscharakter des § 46 Abs. 1 - 4 bestehen. Daraus erwüchse kein offener Normwiderspruch ⁷⁾, sondern eine aus der systematischen Einordnung der Gründerhaftung entstandene materiell ungleiche Zurechnung fremden Handelns.

Gemäß § 46 Abs. 5 sollen auch "Hintermänner" ⁸⁾ der Gründer haften. Der vorgeschobene Strohmann nimmt im eigenen Namen

1) von Caemmerer, Festschr. zum Juristentag 1960, S. 49 ff (56)

2) S.o. S. 13 ff d. A.; Boehmer, Einführung S. 80

3) S.o. S. 4, 5 d. A., Fußnt. 4

4) Ausdruck bei Larenz, Methodenlehre, S. 254

5) Larenz, NJW 65, 1 ff (7) und a.a.O., Methodenlehre, S. 254

6) Larenz, Methodenlehre, S. 254

7) Engisch, Einheit der Rechtsordnung, S. 46 ff

8) Ottmar Kuhn, Strohmanngründung (1964) S. 16, 17;

Baumbach-Hueck, Komm.AktG, § 39 Anm. 5 u.v.a.

an den Gründungsgeschäften teil. Ihn trifft die volle Haftung aus § 46 Abs. 1 - 4 ¹⁾. Er wird im Falle unsolider Gründungen seine Verbindungen zu den Drahtziehern des Unternehmens möglichst zu verbergen suchen. § 46 Abs. 5 S. 2 versagt es den Hintermännern, sich auf ihre eigene Unkenntnis zu berufen, wenn die Gründer haftbarmachende Umstände kannten oder kennen mußten ²⁾. Der Geschäftsherr (Hintermann) haftet selbst schlechthin für alle Verfehlungen des Strohmannes ³⁾.

§ 46 Abs. 5 S. 2 sollte nicht in einen Zusammenhang mit § 166 BGB gebracht werden ⁴⁾, wenn auch der Wortlaut der Bestimmungen Gemeinsamkeiten aufweist (§ 166 Abs. 2 BGB). Auf die mittelbare Stellvertretung ist § 166 BGB nicht anwendbar ⁵⁾. Die Vorschrift bleibt dem Recht der Willenserklärungen vorbehalten. Es mag dahinstehen, ob sie auch für die Gut- und Bösgläubigkeit Bedeutung haben kann ⁶⁾. Für die Zurechnung fremden Handelns und Verschuldens gilt § 166 nicht ⁷⁾.

Der Wortlaut des § 46 Abs. 5 S. 2 muß so interpretiert werden, daß es bei "Unkenntnis", auf die sich der Hintermann nicht berufen darf, auf alle "haftbarmachenden Tatsachen" nach § 46 Abs. 3 ankommt. Das geht auch aus Sinn und Zweck der Bestimmung hervor, die von Strohmannschwindel abschrecken soll ⁸⁾.

Der Wortlaut von § 46 Abs. 5 S. 2 mit seinen für Schadenersatz- und deren Zurechnungsnormen unüblichen Wendungen steht

1) BGH in NJW 1957, 19 f (20)

2) Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 23 bezieht die Rechtsfolge mißverständlich auf die Strohänner (Gründer). Diese Haften schon nach § 46 Abs. 1 u. 2 (§ 39 Abs. 1 und 2 AktG 1937).

3) Wolany, Gesellschaft einer GmbH, S. 53

4) So aber Düringer-Hachenburg, § 202 Anm. 39, der Gehilfenverhalten über § 166 BGB zurechnen will.

5) Soergel-Schultze von Lasaulx, a.a.O. § 166 BGB, Rdn. 4

6) BGHZ 16 (1955), 259 (264)

7) Auch Analogie zu § 166 Abs. 2 BGB reicht nicht aus, denn es soll ein eigenes Verschulden des mittelbaren Stellvertreters zugerechnet werden.

8) Ritter, § 39 Anm. 9 unter Hinweis auf amtL. Begründung; Ballerstedt, JZ 1960, 513 ff (518)

dem nicht entgegen. - Diese Meinung kann an einem Beispiel verdeutlicht werden: Ein Gründer (Strohmann) gibt in der Gründerversammlung eine schriftliche Ankündigung über die Bewertung einer Sacheinlage heraus, die wegen groben eigenen Versehens einen Schreibfehler hinsichtlich der Bewertungsziffern enthält. Dieser Fehler wird nicht entdeckt und führt zu einem Schaden der AG. - "Umstand" i.S. d. § 46 Abs. 5 S. 2 ist nicht der wahre Wert der Sacheinlage. Der Gründer selbst kannte möglicherweise diesen Wert ebenso wie der Strohmann. § 46 Abs. 5 S. 2 will vielmehr dem Hintermann jede Entlastungsmöglichkeit abschneiden. Er muß sich alle "haftbar machenden Tatsachen" zurechnen lassen. Auf ein eigenes Verschulden des Hintermannes kommt es nicht an ¹⁾.

Hat § 46 Abs. 5 S. 2 die hier dargelegte Bedeutung, muß gefragt werden, wie diese gesetzliche Interessenbewertung mit den Konsequenzen der herrschenden Ansicht vom Deliktscharakter des § 46 Abs. 1 - 4 zu vereinbaren ist. Gehilfenhandeln und Verschulden kann nur über § 831 BGB zugerechnet werden, der eine Haftung für eigenes Handeln und Verschulden aufstellt ²⁾. Daraus folgt, daß ein Gründer sich bei schuldhaftem Gehilfenverhalten gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren kann, der Hintermann dagegen ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden ³⁾ für ein Handeln des Strohmannes (Gründer) haften muß: Mittelbare Verschuldenshaftung ⁴⁾ im ersten Fall, Einstandshaftung im zweiten. Eine so weitgehende Differenzierung zwischen Hintermann - und (Gründer) Strohmannhaftung ist grundlos; denn das Gesetz will nicht die Strohmannhaftung schlechthin, sondern nur deren Mißbrauch treffen ⁵⁾.

1) H.M.G. Mit Nachw. Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S.45 und Hassemer, GmbHRSch 1962, 10 ff (10)

2) S.o. S. 5 d.A.

3) Reinecke, AG 1962, 66 ff (70) nennt diese Haftung deshalb verschuldensfreie "Veranlassungs- oder Gefährdungshaftung".

4) Zu den Begriffen vgl. S. 6 d.A.

5) Vergl. S. 43 der Arbeit; Kuhn, Ottmar, a.a.O., 100; anders die Auffassung während der nationalsozialistischen Zeit; die der "Anonymität der Kapitalgesellschaften" den Kampf angesagt hatte.

Der Widerspruch ließe sich wenigstens teilweise ¹⁾ beheben, wenn ein Gehilfenverhalten in den Fällen des § 46 Abs. 1 - 4 dem Gründer über die Einschaltungshaftung des § 278 BGB zugerechnet werden könnte.

Fischer ²⁾ und v. Godin-Wilhelmi ³⁾ haben den Wertungswiderspruch erkannt ⁴⁾. Sie sind der Auffassung, daß § 46 Abs. 5 auch für "Bevollmächtigte und gesetzliche Vertreter" zu gelten habe. Der Versuch, diese Vorschrift entsprechend anzuwenden, müßte die herrschende Meinung folgerichtig veranlassen, von § 831 BGB als Zurechnungsnorm abzusehen. Da § 831 BGB eine Haftung für eigenes Verschulden aufstellt, § 46 Abs. 5 aber fremdes Verschulden betrifft, schließen sich die Vorschriften aus. Wenn § 831 BGB herangezogen wird ⁵⁾, liegt eine Inkonsistenz vor; wenn die Zurechnungsfrage unbeachtet bleibt ⁶⁾, fehlt die Stellungnahme zu einem wichtigen Problem. Der Widerspruch läßt sich am besten vermeiden, wenn für § 46 Abs. 1 - 4 die Einschaltungshaftung des § 278 BGB gilt.

Welche Bedeutung soll dieses Ergebnis für die Rechtsnatur der Gründerhaftung haben? Mit der Feststellung, daß gleichartig erscheinende Interessenlagen ungleichartig bewertet werden, ist mehr als der bloße Anreiz für eine Überprüfung der Rechtslage gewonnen. Andererseits läßt sich daraus kein zwingendes Indiz für den Vertragscharakter der Haftung ableiten. Eine genauere Untersuchung muß sich anschließen.

-
- 1) Für § 278 BGB bleibt ein innerer Sachzusammenhang zwischen Handlung und Aufgabe als Begrenzung der Geschäftsherrnhaftung; solche Einschränkungen enthält § 46 Abs. 5 S. 2 nicht.
 - 2) Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 23 ohne Begründung
 - 3) v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 46 Anm. 12
 - 4) Die genannten Autoren führen die Analogie zu § 46 Abs. 5 (§ 39 Abs. 5 AktG 1937) ohne Begründung an.
 - 5) Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 45; weitere Nachw. s.o. S. 4, 5 Fußnt. 4
 - 6) So die gesamte h.MG. s.o.S. 4 der Arbeit mit Ausnahme von Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 23; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 46 Anm. 12

§ 6 "Nasciturus" - Deliktsansprüche

Als Lösungsversuch bietet sich an, eine Ähnlichkeit dieses Problems mit den Fragen zur Rechtsstellung des nasciturus anzunehmen. Rechtsprechung ¹⁾ und Literatur ²⁾ haben die werdende Aktiengesellschaft mehrfach mit einem nasciturus verglichen und daraus teilweise Folgen für den Rechtscharakter der Vorgesellschaft ³⁾ abgeleitet. Wenn man die Schädigung einer werdenden menschlichen Person ⁴⁾ mit der einer entstehenden juristischen Person gleichsetzen könnte, müßten sich auch die Haftungsgrundsätze übertragen lassen. An eine neue Deliktsform des "Unrechtmäßig-Ins-Leben-Setzens" ⁵⁾ erinnert die amtliche Begründung zum Entwurf I der Novelle von 1884 ⁶⁾: Die Aktiengesellschaft sei "fehlerhaft ins Leben gerufen und damit geschädigt". Nach verbreiteter Meinung soll Schadensersatz nach Deliktsgrundsätzen verlangen können, wer als nasciturus geschädigt wurde ⁷⁾. Für den nasciturus wie für den nichtrechtsfähigen Körperschaftlichen Verband stellt sich das Problem einer Teilrechtsfähigkeit in ähnlicher Weise ⁸⁾.

- 1) RGZ 105 (1925), 229 ff (230); RGZ 144 (1934), 348 ff (356)
- 2) Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, I. Bd., S. 486 ff, besonders S. 486 Fußnt. 18: "Geburt"; Deumer, Genossenschaft, S. 24; Schilling-Hachenburg, § 11 GmbHG, Anm. 1; Takaki, a.a.O., S. 47 ("embryonische Gestalt der AG"); Apelt, a.a.O., S. 33; Wiethölter, Gründungskontrolle, S. 238: "AG in statu nascendi"; Auslandsrechte: Frankreich: Sébag, Diss. jur. Paris, 1938; Ripert, a.a.O., S. 305 ff; Durant, a.a.O., S. 138 ff (141); Moliérac, Sociétés (1956), S. 24
- 3) Mit der Bezeichnung "Vorgesellschaft" soll in den Streit um die Rechtsnatur des Zusammenschlusses vor Eintragung der AG nicht eingegriffen werden.
- 4) Vergl. dazu Deynet, nasciturus (1960), S. 101 ff, 143; Ennecerus-Nipperdey, Allg. Teil, 10. Aufl., § 84, II 3, Nt. 9 - 10; Fabricius, a.a.O., S. 6; neuerdings: Hans Stoll, Festschrift für Nipperdey, Bd. I (1965), 739 ff (750 f) und Selb, AcP 166 (1966), 76 ff
- 5) Bezeichnung bei Stoll, Festschrift für Nipperdey, Bd. I (1965), 739 ff (749)
- 6) Motive, Amtl. Begründung, a.a.O., S. 114
- 7) Vergl. Fußnt. 4
- 8) Fabricius, a.a.O., S. 6 ff, S. 10 ff

Das Reichsgericht ¹⁾ hat in Bezug auf die Gründerhaftung die Parallele zum nasciturus für das GmbH-Recht ausdrücklich gezogen, indem es § 826 BGB als einzige mögliche Anspruchsnorm nennt, da der "nasciturus" - die werdende Gesellschaft - geschädigt sei. Mit dieser Konstruktion würde gleichzeitig dem Argument Rechnung getragen, die AG existiere im Zeitpunkt der schadensstiftenden Handlung noch nicht ²⁾.

Die Bezeichnung der Vorgesellschaft als nasciturus ist aber nicht mehr als ein Bild, das juristischer Interpretation bedarf, selbst aber keine verwertbare juristische Aussage enthält. Wenn auch die Tatbestände des § 46 Schädigungen betreffen, die in die Entstehungszeit der AG fallen, ist doch der Vergleich mit Schädigungen eines werdenden Menschen für Haftungsfragen unbrauchbar ³⁾.

Georg Kuhn ⁴⁾ sieht zutreffend ein Hauptargument gegen die Gleichsetzung in der unterschiedlichen Rechtsform einer Vertretung von Leibesfrucht (gesetzlich bestellter Vertreter) und von Vorgesellschaft (gewillkürte Vertretung). Die juristische Person unterscheidet sich von der natürlichen augenfällig in der Entstehung. Ihre notwendigen Voraussetzungen, wie Aufstellung der Satzung (§ 23) ⁵⁾, Übernahme der Aktien (§ 29) tragen rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Gründung einer AG erfordert Rechtshandlungen, z. B. Sachübernahme - Sacheinlagevereinbarung, Aktienzeichnung, die ihrer Typik nach den Rechtsgeschäften ⁶⁾ zugehören. Das wird auch von den Anhängern der Gesamttaktstheorie ⁷⁾ nicht bestritten, wenn sie

1) RGZ 84 (1914), 332 ff (336)

2) S.o.S. 13 d.A.

3) Ebenso: Wolany, AG 1966, 118 (119) ohne Begründung

4) Georg Kuhn, WM 1956, Beilage 5, 3 ff (5); Unentschieden zum Vergl. mit dem nasciturus: Großkomm.-Fischer, § 22 Anm. 2

5) Gleiches gilt, wenn der Satzung noch ein sog. Vorgründungsvertrag vorausgehen sollte. Dazu: Großkomm.-Fischer, § 16 Anm. 22 und Reinecke, AG 1962, 66 ff (67)

6) Kohler, a.a.O., S. 346, besonders nachdrücklich

7) S.o.S. 12 d.A. Fußnt. 2

diese Seite des Errichtungsaktes auch nur als e i n e "(individualrechtsgeschäftliche) Bedeutung" ¹⁾ der im übrigen "konstitutiven Einzelhandlungen" ²⁾ ansehen. - Wolany ³⁾ muß an anderer Stelle ⁴⁾ einräumen, der Rechtsgrund für die Einlagehaftung sei die "Beteiligung mittels eines bestimmten Rechtsgeschäftes" ⁵⁾. Damit erübrigt sich zugleich jeder Hinweis auf die Rechtslage beim nasciturus. Dieser Begriff sollte im Zusammenhang mit der Gründerhaftung nicht genannt werden.

Daraus kann man ein weiteres Indiz für die Rechtsnatur der Gründerhaftung ableiten: Die Anbahnung eines rechtsgeschäftlichen Kontaktes deutet auf ein gesetzliches Schuldverhältnis ⁶⁾ hin, aus dem nach vertraglichen oder vertragsähnlichen Grundsätzen zu haften ist. Für typisch rechtsgeschäftliche Handlungen liegt es nahe, die Haftungsart bei Verfehlungen nach vertraglichen oder diesen ähnlichen Grundsätzen zu bestimmen. Diese Vermutung wird im folgenden noch zu bestätigen sein.

§ 7 Bestimmung der Rechtsnatur aus der Art der Pflichtverletzung

I. Methodische Vorfragen

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß die Rechtsnatur der Gründerhaftung von einer Zuordnung zum Delikts- oder Vertragsrecht abhängt. Der Gegenstand dieser Untersuchung zwingt

1) Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 487

2) Otto v. Gierke, a.a.O., S. 487; vergl. auch S. 487, Fußnote 20: "Doppelnatur"

3) S.o.S. 9 ff. d. A. zum Deliktscharakter

4) Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 45

5) Wolany, a.a.O., S. 45

6) Flume, AcP 161 (1962), 52 ff (63); Ballerstedt, AcP 151 (1950, 1951), 501 ff (507: allgemein zur culpa in contrahendo)

nicht zu einer Stellungnahme, ob vertragliche und deliktische Ansprüche in Wahrheit e i n e n einheitlichen Anspruch bilden ¹⁾ oder ob sie als verschiedene konkurrierende Ansprüche gelten ²⁾. Diese Streitfrage hat nur für das Problem der Anspruchskonkurrenz und für die zivilprozessuale Auseinandersetzung um den Streitgegenstand Bedeutung ³⁾. Man könnte aber versuchen, die Rechtsnatur der Haftung aus der unterschiedlichen Bedeutung von vertraglichem und deliktischem Unrecht ⁴⁾ zu erklären. Das Unrecht aus Unerlaubten Handlungen geht - wie die Bezeichnung nahe legen könnte - auf fehlerhaftes Handeln zurück, während vertragliches Unrecht an die Vorenthaltung besonders zugesicherter Güter ⁵⁾ anzuknüpfen scheint. Diese Unterscheidung überzeugt jedoch nicht. Zwar stellt § 826 BGB in erster Linie auf den Handlungsunwert ab. Bei § 823 Abs. 1 BGB steht aber der Erfolgsunwert ⁶⁾ - der Verstoß gegen ausschließlich zugeordnete Rechtsgüter - im Vordergrund. Schließlich darf man nicht übersehen, daß die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten nicht notwendig deshalb schadensersatzpflichtig macht, weil gegen einen zugesicherten Bestandschutz verstoßen wurde ⁷⁾. Auch für vertragliche oder vertragsähnliche Verhältnisse müssen Handlung oder Unterlassung und Erfolg Anknüpfungspunkt bleiben, die daraufhin zu untersuchen sind, ob sie pflichtgemäß waren. Der Rechtsgrund von Gründerpflichten bestimmt also eine Haftung aus § 46. Die Art

-
- 1) So: Fikentscher, Schuldrecht, § 102, V. la, S. 550; Eichler, AcP 162 (1963), S. 401 ff (417); a.A. BGHZ 17 (1955), 214 ff (218 f)
 - 2) H.M.G.: Vergl. Nachw. bei Dietz, Anspruchskonkurrenz (1934), S. 125 ff und Dietz, Landesreferate (1962), S. 181 ff (189)
 - 3) Eichler, AcP 162 (1963), 401 ff (418)
 - 4) Vergl. Fikentscher, a.a.O., § 97, II, 2 c, S. 498
 - 5) Fikentscher, a.a.O., S. 498
 - 6) Knöpfle, NJW 1967, 697 ff (700)
 - 7) Vergl. die Kritik an Stoll, AcP 136 (1932), 257 ff (289) und an seiner Bezeichnung vertraglicher Nebenpflichten als "Schutzpflichten" bei Staudinger-Weber, Komm.BGB, II. Bd., Teil 1c, A 772, 802.

der verletzten Pflichten ¹⁾ wird deshalb entscheiden müssen, wie die Gründerhaftung systematisch einzuordnen ist.

Die Maßstäbe für Pflicht und Sorgfalt unterscheiden sich generell nach Delikts- und Vertragsrecht nicht (§ 276 BGB, § 347 HGB). Von den Anforderungen her ist der Rechtsgrund der Pflichten demnach nicht zu bestimmen. Unterschiede ergeben sich jedoch, wenn man fragt, wem gegenüber die Pflichten bestehen ²⁾. Mit dem P f l i c h t a d r e s s a t e n ist zugleich ein wertvoller Hinweis auf den Grund der Verantwortung gefunden. Während "allgemeine" ³⁾ Pflichten für einen Deliktsanspruch sprechen würden, lassen besondere, nur gegenüber bestimmten Rechtsgenossen bestehende Verpflichtungen ⁴⁾ auf eine Vertragshaftung schließen. Ein Verstoß gegen allgemeine Pflichten bringt außerdem das Schuldverhältnis erst zum Entstehen ⁵⁾, während bei Vertragshaftung ein Schuldverhältnis schon zur Zeit der schadenstiftenden Handlung begründet sein muß. Es kann hier noch dahinstehen, ob vertragliche oder vertragsähnliche Pflichten aus Anlaß der Gründung unabhängig vom Willen der Parteien eingreifen. Jedenfalls unterscheiden sich die Verpflichtungen nach dem Kreis der Berechtigten.

Den Pflichtadressaten festzustellen, ist erste Voraussetzung dafür, den Rechtsgrund von Gründerpflichten zu bestimmen. Für diesen Ansatz sowie für andere Fragen ⁶⁾ der Gründerhaftung muß untersucht werden, welche I n t e r e s s e n durch eine Pflichtverletzung der Gründer betroffen sein können. Neuere Arbeiten zum Kapitalgesellschaftsrecht enthalten immer wieder

1) H.M.G.: Vergl. Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 13,14; Esser, a.a.O., S. 827; Engisch, Einführung, S. 16,17f

2) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 13, 14

3) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 97; Esser, a.a.O., S. 827 "Rücksichtspflichten gegenüber der allgem. Güter- und Friedensordnung"; Ähnlich: Heck, Schuldrecht, S. 436; Larenz, MDR 1954, 517 ff; Dietz, Landesreferate, S. 181 ff (184)

4) Dietz, Landesreferate, S. 283, 284; Ehrenzweig, a.a.O., S.21; Esser, a.a.O., S. 827; Fikentscher, a.a.O., § 20, S. 63

5) Grundlegend: Ehrenzweig, a.a.O., S. 23

6) Z.B. die Frage, ob § 46 die Haftung abschließend regelt, kann von dieser Untersuchung ebenfalls abhängen, S. dazu unter S. 119 ff d.A.

längere Ausführungen zur Interessenlage ¹⁾. Diese Erörterungen geben nur ein Hilfsmittel ²⁾ ab für die entscheidende Frage, wie der Gesetzgeber diese Interessen bewertet hat ³⁾. Die beteiligten Interessen zu erkennen und aufzuzählen, heißt eine Voraussetzung dafür schaffen, daß die Bewertungsfaktoren ⁴⁾ des Gesetzes deutlich werden können. Zunächst ist deshalb der Vorfrage nachzugehen, welche Interessen bei Gründung einer AG gefährdet sind.

II. Gefährdete Interessen

Die Interessenlage bei Gründung einer Kapitalgesellschaft wurde in letzter Zeit mehrfach genauer untersucht ⁵⁾. Bei wahrheitswidrigen Angaben (§ 46 Abs. 1) oder bei anderen Schädigungen der Aktiengesellschaft (§ 46 Abs. 2 - 4) sind folgende gefährdete Interessenträger ⁶⁾ denkbar:

Mitgründer und erste Zeichner, Aktionäre der späteren AG, Gläubiger, Aktiengesellschaft, Öffentlichkeit i.w.S., "Unternehmen an sich."

Wenn diese Aufzählung zutreffen soll, muß es sich um richtig erkannte Interessenträger handeln. Die weitere Untersuchung gilt dann der Frage, ob sich gesetzliche Bewertungsfaktoren finden, § 46 einen bestimmten Schutzzweck zuzuweisen.

Seit Haussmann ⁷⁾ seine Auffassung vom "Unternehmen an sich" geäußert hat, wurde dieses Schlagwort in mancherlei Bedeu-

-
- 1) Vgl.: Dregger, Vorgesellschaft, S. 13 ff; Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 17 ff
 - 2) Mit ähnlicher Kritik an Dregger, a.a.O., vgl. Erman, AcP 152 (1962), 281 ff (283)
 - 3) Zum dogmatischen Ausgangspunkt vergl. Westermann, Interessenkollisionen, S. 4 ff, 8; Zustimmend: Larenz, Methodenlehre, S. 123 - 125
 - 4) Westermann, Interessenkollisionen, S. 4; ders., Richterliche Streitentscheidung, S. 14
 - 5) Vergl. Lit. S. 51 d.A., Fußnt. 1
 - 6) Zum Begriff des Interessenträgers in diesem Sinne vergl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 133
 - 7) Haussmann, Vom Aktienwesen (1928), S. 27 ff bezugnehmend auf Rathenau, vom Aktienwesen (1917), S. 12 ff, 23 ff

tung ¹⁾ verwendet, um die AG von ihren Aktionären zu lösen und ihr einen Eigenwert zu geben. Diese Bestrebungen sind einseitig. Ihre Anhänger fassen das Unternehmen nicht mehr als bloße Summe von Rechten und Vermögenswerten ²⁾ auf, die zu einer organisatorischen Einheit verbunden sind, sondern lassen es zum Selbstzweck werden. Wenn auch Handels- und Gesellschaftsrecht die Einheit des Unternehmens mehr betonen als das Bürgerliche Recht ³⁾, eignet sich das Unternehmen als verwertbarer, selbständiger Interessenträger in diesem Zusammenhang nicht. Aus dem Gegensatz zwischen Einzelinteressen der Aktionäre und dem Interesse des Unternehmens entstanden ⁴⁾, wurde das "Unternehmen an sich" Zuordnungspunkt für Öffentlichkeitsinteressen ⁵⁾.

Das Unternehmen ist jedoch gemeinsamer Bezugspunkt für alle Interessen, die durch die Aktiengesellschaft berührt werden ⁶⁾. Die beteiligten Interessen müssen deshalb aufgefächert und in ihrer vom Gesetzgeber zugewiesenen Schutzwürdigkeit erkannt werden ⁷⁾. Ballerstedt ⁸⁾ weist zutreffend darauf hin, daß eine Verabsolutierung des Unternehmens echte Interessengegensätze nur "verschleiern" könne.

Aktiengesellschaft, Aktionäre, Mitgründer, Gläubiger und Öffentlichkeit sind durch Gründungsschwindel besonders gefährdet.

-
- 1) Wiethölter, Aktiengesellschaft, S. 41 weist zu Recht auf terminologische Unklarheiten hin; ebenso: Mestmäcker, JUS 1963, 417 ff (420)
 - 2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 850
 - 3) Vergl. z.B. § 4 Abs. 1, der das "Unternehmen" als Rechtsbegriff aufführt. Zu den Versuchen, das Unternehmen als Anknüpfungspunkt handelsrechtl. Rechtssätze zu erklären, vergl. Raisch, 27. Beiheft ZHR (1962), S. 28 ff.
 - 4) Eine historische Wurzel dieser Lehre, die Mestmäcker JUS 1963, 417 ff, (420) auf Marx und Engels zurückführt, soll hier unerwähnt bleiben.
 - 5) Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 13
 - 6) Wiethölter, Aktiengesellschaft, S. 41; ähnlich: Reinhardt in Festschr. für Schmidt, S. 23 ff (34); Zöllner, a.a.O., S. 72
 - 7) Ballerstedt, Kapital, S. 13; ebenso: Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 14; Kutzenberger, Mitbestimmung, S. 35
 - 8) Ballerstedt, Kapital, S. 13

III. Geschützte Interessen

A. Meinungen zur Schutzrichtung von § 46

Schwieriger als die Feststellung, wem die Gründerhaftung zugute kommt, ist die Frage, ob dieser Schutz gewollt ist. Das Gesetz bringt nur in Ausnahmefällen deutlich zum Ausdruck, welche Schutzrichtung bezweckt wird ¹⁾.

Von den Meinungen zur Schutzrichtung der Gründerhaftung ist an erster Stelle die Ansicht zu nennen, nach der die *Gesellschaft* geschützt sei ²⁾. Zur Begründung wird auf den Wortlaut des Gesetzes verwiesen sowie auf dessen Entstehungsgeschichte ³⁾, die nur auf einen Anspruch der Gesellschaft hinweisen. Die Gesellschaft wird hier als eine rechtlich verselbständigte Form der Gesamtheit ihrer Aktionäre verstanden. Die angeführten Autoren ⁴⁾ bezeichnen den Interessenträger nicht ausdrücklich in dieser Weise, sie lassen aber erkennen, daß Öffentlichkeits- und Gläubigerinteressen jedenfalls nicht eingeschlossen sind.

Der Interessenträger "Gesellschaft" ist mit der Mehrheit der Mitglieder nicht identisch ⁵⁾. Die Mehrheit kann ihre Möglichkeiten zum Schaden des Verbandes mißbrauchen. Zweifelhaft ist nur, ob das Gesellschaftsinteresse sich vollständig von den Mitgliedern lösen läßt, weil dann von "außen" kommende Vorstellungen gegen sämtliche Aktionäre durchgesetzt werden könnten. Das Gesellschaftsinteresse wird deshalb am besten als identisch mit dem "wahren Interesse" ⁶⁾ der Mitglieder verstanden, weil zwischen den richtig erkannten Belangen des

1) Knöpfle, NJW 1967, 697 ff (697)

2) Lehmann, Karl, a.a.O., S. 457; Staub-Pinner, a.a.O., § 202 HGB, Anm. 2; Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 264; Nur Gesellschaft: Stolz, a.a.O., S. 36; Großkomm.-Gadow (1939), § 39 Anm. 3; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 1; Stolz, a.a.O., S. 36

3) Motive, Amtl. Begründung, Novelle 1884, S. 187

4) S.o. Fußnt. 2

5) Zöllner, a.a.O., S. 18

6) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 134

Verbandes und den berechtigten ("wahren") ¹⁾ Interessen seiner Mitglieder kein Unterschied besteht. Aus dieser Sicht wird die Korporation zu einem selbständigen, neutralen Träger ²⁾ der widerstreitenden Interessen der Mitglieder und ihrer Gläubiger.

Ein Teil der Literatur geht davon aus, daß auch der Schutz von Mitgründern ³⁾, ersten Zeichnern ⁴⁾ und Einzelaktionären ⁵⁾ durch die Gründerhaftung gewährleistet sein solle ⁶⁾.

Nach einer weiteren Ansicht sind die Interessen der Gläubiger durch die Gründerhaftung geschützt ⁷⁾. Der BGH ⁸⁾ sieht § 46 im Zusammenhang mit der Sicherung des Haftungsstockes. Da das Grundkapital nach einhelliger Auffassung auch der Sicherung von Verkehrsschutzinteressen dient; ⁹⁾ hat die Gründerhaftung nach dieser Ansicht ihren Standort im Recht der gesetzlichen Fürsorge zur Abwehr von Schäden bei Dritten.

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 134

2) Zöllner, a.a.O., S. 18; Reinhardt in Festschr. für Lehmann, S. 576 ff (577, 578)

3) Karl Lehmann, a.a.O., S. 457; Staub-Pinner, § 202, Anm. 3; a.A.: Brunner, a.a.O., S. 17, 18;

4) Karl Lehmann, a.a.O., S. 457; Staub-Pinner, § 202, Anm. 3; Ballerstedt, JZ 1960, 513 ff (515)

5) Löwenfeld, a.a.O., S. 130; Karl Lehmann, a.a.O., S. 457; Franz Klein, a.a.O., S. 12, 15, 62, 63; Staub-Pinner, § 202 Anm. 3; Großkomm.-Gadow (1939) § 39 Anm. 3; Julius v. Gierke, Handelsrecht, S. 256; Dregger, a.a.O., S. 31; Nur Aktionäre: Laute, a.a.O., S. 24, 26; a.A.: Nur Gesellschaft: Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 4; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 1

6) Z.T. werden einzelne dieser Interessenträger nebeneinander genannt.

7) Wiener, ZHR 24, S. 464; Wieland, Handelsrecht I, S. 516; Müller-Erzbach, Irg. Jahrb. 83 (1933), 257 ff (272, 310); a.A.: RG in Holdheim, XX, S. 142; Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 4; Würdinger, Aktienrecht 1959, S. 95; Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 210, 211, der Franz Klein, a.a.O., irrtümlich für die Mg. anführt, die Gründerhaftung sei wegen der Verkehrsschutzinteressen eingefügt.

8) BGHZ 15 (1954), 66 ff (70, 71); ebenso: Herbig, DNotZ 1936, 322 ff (343); Hoffmann, AG 1963, 261 ff (265); a.A.: Ballerstedt, JZ 1960, 513 (518 r.Sp.) für § 39 Abs. 5 AktG 1937

9) Einhellige Meinung: vergl. Lutter a.a.O., S. 52

Schließlich soll die Gründerhaftung allein im öffentlichen Interesse ¹⁾ (in einem nicht näher definierten weiteren Sinne) bestehen.

Die Anhaltspunkte, nur einen der hier genannten Interessenträger als geschützt anzusehen ²⁾, müssen sich aus dem Gesetz ergeben. Bewertungsfaktoren, denen eine solche einseitige Auslegung entnommen wird, werden jedoch nur selten genannt.

B. Öffentlichkeitsinteressen und Gründerhaftung

Ein Versuch, die Rechtsnatur von § 46 neu zu bestimmen, muß vor allem der Meinung begegnen, daß die Gründerhaftung ausschließlich dem Schutz öffentlicher Interessen diene ³⁾. Von diesem Ausgangspunkt her wird weiter vertreten, im Aktienrecht seien zum Teil öffentlich-rechtliche Pflichten ⁴⁾ normiert. So soll z.B. der Schadensersatzanspruch aus Gründungsschwindel und Verstößen gegen Gründerpflichten öffentlich-rechtlichen Charakter haben ⁵⁾. Diesem Ergebnis ist mit dem Einwand zu begegnen, daß eine Rechtsquelle nach der Antithese öffentliche - private Interessen allein einem Rechtsgebiet nicht zugeordnet werden kann ⁶⁾. Auch das Privatrecht weist zahlreiche Vorschriften auf, die im öffentlichen Interesse erlassen sind ⁷⁾. Durch Abstellen auf die Interessenlage wird die wichtige Trennung der Rechtsgebiete notwendig un-

-
- 1) Boesebeck, DR 1939, 320 f u. 436 f; Herbig, a.a.O., S.343; Wilke, GmbHRsch 1936, 535; Danielcik, a.a.O., § 1 Anm. 2;
 - 2) Gegen Überbewertung des Gläubigerschutzes vor allem Woly ny, AG 1966, 79 ff (82); gegen Abstellen auf einzelne Interessenträger: Döllner, BB 1966, 629 ff (630f)
 - 3) S.o. Fußnt. 1; ebenso für § 19, 20 AktG 1937 (§§ 26, 27 AktG v. 1965), im Zusammenhang mit § 46; Großkomm.-Fischer § 19 Anm. 1; Teichmann-Koehler, § 19 Anm. 1
 - 4) Danielcik, a.a.O., § 1 Anm. 2; für das Schweizer Recht: Herold, Zwingendes Aktienrecht (1931), S. 39, 98;
 - 5) Apelt, a.a.O., S. 59; Ruth, JW 1934, 2687 ff u.a. S. 16 d.A. Fußnt. 9 gen. Literatur.
 - 6) Grundlegend: Hans J. Wolff, A.ö.R. 76 (1950), 205 ff (210)
 - 7) Boehmer, Einführung, S. 10

sicher. Auch nach der sog. "Subjektionstheorie" ¹⁾ läßt sich § 46 dem öffentlichen Recht nicht zuordnen, weil aus dem Gesetz ein Verhältnis von Über- und Unterordnung in diesem Zusammenhang nicht erkennbar ist. Es kann hier dahinstehen, ob für die Unterscheidung der Rechtsgebiete an das jeweilige "Subjekt des Rechtssatzes" ²⁾ anzuknüpfen ist. Jedenfalls scheidet ein öffentlich-rechtlicher Charakter der Gründerhaftung auch hiernach von vornherein aus. Die Gründungskautelen sind keinem Träger hoheitlicher Gewalt zugeordnet.

Von der hier vertretenen methodischen Grundlage aus liegt es nahe, Deliktscharakter der Vorschriften nur anzunehmen, wenn sie a u s s c h l i e ß l i c h im öffentlichen Interesse erlassen wären ³⁾. Gegen diese Auslegung spricht, daß das Gesetz nicht einseitig öffentliche Interessen in einem Hauptbereich des Privatrechts berücksichtigt, wenn naheliegende andere private Interessen - etwa der Mitgründer oder Aktionäre - in gleicher Weise durch schädigende Gründerhandlungen gefährdet sind. Man darf in der Regel annehmen, daß alle schutzwürdigen Interessen auch gesetzlich geschützte Interessen sind ⁴⁾.

Einen Teil der skizzierten Meinungen, die öffentliche Interessen betonen, wird man aus der Normsituation ⁵⁾ heraus verstehen müssen, die eine Überbetonung dieses Bereiches nahelegte. Bezeichnend für Boesebeck ⁶⁾ und andere Autoren ⁷⁾ ist, daß sie öffentliche Interessen verabsolutieren ⁸⁾. Hier bestätigt sich die Auffassung, das Aktienrecht sei in besonde-

1) Vergl. Nachw. bei Hans J. Wolff, A.ö.R. 76, a.a.O., S. 205, 206

2) Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 86, 87; Boehmer, Einführung, S. 14

3) Dietz, Anspruchskonkurrenz, a.a.O., S. 62; Wildi, a.a.O., S. 44

4) Bachof, Festschr. Jellinek, S. 287 ff (296)

5) Begriff nach Larenz, Methodenlehre, S. 262

6) Boesebeck, oben S. 15 d.A.; - ders. kapitalistische Kommanditgesellschaft, S. 67, 68; ders., Betrachtungen, S. 21

7) S.o.S. 55 d.A. angeführte Literatur, FuBnt. 4, 5

8) Davor warnt in anderem Zusammenhang Reinhard, Festschr. Hueck, 4439 ff (443)

rer Weise "ein Kind seiner Zeit" ¹⁾. Da das Verhältnis der Aktiengesellschaften zum Staat historisch erwiesen der jeweiligen wirtschaftlichen und politischen Situation angepaßt wird ²⁾, können diese Bestrebungen als typische Zeiterscheinungen angesehen werden, wenn "Gemeinwohl" ³⁾ und "Volksgemeinschaft" ⁴⁾ als vorrangige Bezugspunkte rechtlicher Würdigung gelten. Solange das Individualinteresse des Aktionärs für eine Beteiligung an der Gesellschaft entscheidet, darf dem gemeinwirtschaftlichen Charakter eines Unternehmens diese überragende Bedeutung durch "institutionelle Sicherung öffentlichen Interesses" ⁵⁾ nicht zukommen. Der öffentliche Bereich würde sonst den privaten durchdringen. Art. 14 Abs. 2 GG setzt nur eine allgemeine Grenze, private Vermögensrechte nicht als ausschließlich eigennützige Macht auszuüben ⁶⁾.

Andererseits sind für den Erlaß einer gesellschaftsrechtlichen Norm wie § 46 öffentliche Interessen nicht unbedeutend. Das Interesse der Öffentlichkeit richtet sich insbesondere auf die sogenannten Großunternehmen. Sie sind so eng mit dem wirtschaftlichen Leben verbunden, daß ihr Zusammenbruch schweren Schaden (Versorgungskrisen) hervorrufen würde. Die Arbeitnehmer gehören zu den am stärksten Betroffenen ⁷⁾. Es ist deshalb allgemeine Ansicht, daß vor allem Großunternehmen Öffentlichkeitsinteressen berühren ⁸⁾. So sind auch die Versuche

1) Boesebeck, Volkswirt 1954, Nr. 18, 13 ff (13)

2) S.o.S. 2 d.A.

3) Crisolli, JW 1935, 8 ff (9); Das neue Aktienrecht kennt keine ausdrückliche Gemeinwohlverpflichtung (§ 70 AktG 1937) mehr.

4) Danielcik, Komm.AktG, § 1 Anm. 2

5) So: Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 37 und Kutzenberger, Mitbestimmung, S. 36 allgemein

6) Boehmer, Einführung S. 345; Reinhardt, Festschr. Hueck 439 ff (1959), (443)

7) Vergl. den Zusammenbruch des Bremer Borgwardwerkes und die Massenentlassungen von Arbeitnehmern im Jahre 1960; Kühlewein, NJW 1954, 621 ff;

8) v.Godin-Wilhelmi, 3. Aufl. § 157, Anm. 36; Westermann, Festschr. für Vits, S. 270; Elschenbroch, a.a.O., S. 154; Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 34

zu verstehen, neben dem AktG ein neues "Recht der Großunternehmen" ¹⁾ zu entwickeln.

Bei der Gründung der Gesellschaft werden gesamtwirtschaftliche Belange in starkem Maße betroffen. Oft entscheidet sich schon hier, ob das Unternehmen lebensfähig sein wird ²⁾. Das neue Aktienrecht bestätigt dieses Ergebnis, indem es die Publizität erweitert ³⁾. Die Koordinierung der Schutzbestimmungen im EWG-Recht ⁴⁾ sieht auch weitgehende Bekanntmachungspflichten für Gründungsakte und Satzungen vor. Öffentlichkeitsinteressen sind jedoch nur ein Teil ⁵⁾ der Interessen, die durch Publizitätsvorschriften gewahrt werden sollen ⁶⁾. Da die Mitglieder der Gesellschaften in gleichem Maße eines Schutzes bedürfen, geben die öffentlichen Interessen nur eine Wurzel dieser gesetzgeberischen Maßnahme ab. Unsere Wirtschaftsordnung baut auf Eigentums- und Mitgliedsinteressen auf ⁷⁾. Das neue Aktienrecht will die Rechte der Aktionäre verstärken ⁸⁾. Wenn der Gesetzgeber in der Gründerhaftung individuellem Egoismus entgegentritt, liegt darin lediglich eine vielen privatrechtlichen Normen eigene "gemeinnützige Potenz" ⁹⁾.

-
- 1) Gessler, BB 1965, 677 ff (677)
 - 2) RGZ 155 (1937), 211 ff (214, 218)
 - 3) Vergl. Mitteilungspflicht nach §§ 27, 40, - Ausführliche andere Nachweise bei Gessler, BB 1965, 677 ff (679); Wilhelm, AG 1965, 153 ff (154) und Möhring NJW 1966, 87 ff (88 f)
 - 4) Richtlinien zum Entwurf des Ministerrates der EWG vom 20.2.1964, BB 1964, 326, 327
 - 5) Einseitig für öffentliche Interessen: Schmithoff, AcP 163 (1963), 46 ff (50, 51); gegen einseitigen Interessenschutz: Raisch, JZ 1966, 501 ff (506); Döllner, BB 1966, 629 ff (630) f
 - 6) Kronstein-Claussen, Publizität, S. 22, 23; Schilling, Betrieb 1962, 396; Spieker, JZ 1962, 722, Falkenhain, AG 1962, 261, 309; Gessler, in Festschr. Deutsche Trauhand 1966, S. 131 f (138)
 - 7) Goerdeler-Ulmer, AG 1963, 329 ff (330) unter Hinweis auf Mestmäcker, Referat zum 44. dtch. Juristentag, S. 13, zitiert nach Goerdeler-Ulmer, a.a.O., (330)
 - 8) So S. 58 d.A. Fußnt. 3; Bundestagsdrucksache IV, 171, S. 92 ff. Nachweise ausführlich bei Möhring, NJW 1966, 1 ff, (2 f), 87 ff (88 ff).
 - 9) Boehmer, Einführung S. 9

Der Gegenstand dieser Untersuchung zwingt nicht dazu, genauer zu prüfen, in welchem Umfang öffentliche Interessen im Gesellschaftsrecht berücksichtigt werden sollten ¹⁾. Für die zivilrechtliche Gründerhaftung wird durch ein weiteres Argument deutlich, daß der private Interessenausgleich im Vordergrund steht: Das Aktiengesetz bedroht in § 399 Gründungsschwindel mit Strafe. Der Gesetzgeber muß privatrechtliche Pflichten unter den Schutz des Strafrechts stellen, wenn er in besonderer Weise Interessen der Allgemeinheit gewahrt wissen will ²⁾; das ist hier in der strafrechtlichen Sanktion geschehen.

Die Unabdingbarkeit von § 50 (Verzichte und Vergleiche) ³⁾ mag für das öffentliche Interesse an Gründungen sprechen ⁴⁾. Zwingende Vorschriften des Privatrechts lassen zwar in der Regel dieses gesetzgeberische Motiv erkennen; sie bleiben aber Normen, die in erster Linie private Interessengegensätze lösen sollen ⁵⁾. Die Berücksichtigung öffentlicher Belange ⁶⁾ als bloßes rechtspolitisches Ziel schafft noch keine konkretisierbaren Pflichten gegenüber der Allgemeinheit ⁷⁾.

Zur V e r a b s o l u t i e r u n g der öffentlichen Interessen kann auch das Stichwort von der "Erklärung an die Öffentlichkeit" nichts beitragen ⁸⁾. Dieser für Konfliktsfälle aus Beitrittserklärungen verwertbare dogmatische Ansatzpunkt ⁹⁾ ist für die Rechtsnatur der Gründerhaftung unbrauchbar. Selbst

-
- 1) Mit einschränkender Stellungnahme Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 37 ff; Hubmann Diss. jur. München 1948, S. 97 ff
 - 2) So auch: Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 292, 293
 - 3) Gleicher Wortlaut § 43 AktG 1937
 - 4) So: Herold, a.a.O., S. 39 ff, 98
 - 5) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 303
 - 6) Würdinger, Aktienrecht, 2. Aufl. § 1,9 und wie es Obermüller-Werner-Winden, Erörterungen S. 41 fordern.
 - 7) So auch Düringer-Hachenburg, a.a.O., Einltg. II, Anm. 77
 - 8) Das versucht Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436) anzuführen.
 - 9) RGZ 88 (1917), 187 ff (188); Westermann Jus 1964, 169 ff (176)

wenn man alle Gründererklärungen als "Kundgebungen im fremden Interessenbereich" ¹⁾ auffaßt ²⁾, darf man nicht übersehen, daß § 46 einen Anspruch der Gesellschaft aufstellt. Die Rechtsbeziehung zur AG ist also für den Anspruch entscheidend.

Das Gesamtinteresse der Rechtsgemeinschaft schließt außerdem die Interessen unmittelbar Betroffener mit ein ³⁾. Diese Interessenträger tragen in erster Linie das Risiko. Ihr Schutz ist deshalb zugleich ein Gebot materieller Gerechtigkeit, dem die Rechtsordnung soweit wie möglich entsprechen sollte. Das Interesse dieser Personen war in erster Linie einer Normgebung zu unterlegen ⁴⁾. Solange unmittelbar Geschädigte dem Gründungsschwindel näher stehen als die Öffentlichkeit, wird man die Haftung zunächst als Ausgleich im privaten Bereich verstehen müssen.

Da die Gesellschaft allein anspruchsberechtigt ist, bleibt die Durchsetzung öffentlicher Interessen für die Gründerhaftung ebenso ausgeschlossen wie bei Haftungsfragen zur Verwaltung der Aktiengesellschaft ⁵⁾.

Diese Ausführungen machen deutlich, daß der Deliktscharakter sich nicht allein mit Öffentlichkeitsinteressen begründen läßt. Die Überlegung steht noch aus, welche Interessen - wenn nicht ausschließlich solche der "Öffentlichkeit" - § 46 schützen soll.

1) Müller-Erzbach, Kundgebungen im fremden Interessenbereich, Irg.Jahrb. 83 (1933), 287 ff

2) So: Düringer-Hachenburg, a.a.O., Einltg.-II, Anm. 55

3) Fabricius, Rechtsfähigkeit, S. 84, 85

4) Fabricius, a.a.O., S. 85

5) Westermann, Festschr. Vits, S. 251 ff (270 ff); Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 37; Hubmann, Diss. jur. a.a.O., S 70 f

C. Anspruch der Gesellschaft

Die gegen eine Überbewertung öffentlicher Interessen angeführten Gründe sprechen auch dagegen, nur e i n z e l n e Interessenträger als geschützt zu betrachten. Eine verbreitete Ansicht ¹⁾ verabsolutiert hier unter Hinweis auf die Anspruchsberechtigung die Interessen der G e s e l l s c h a f t. Diese Argumentation scheint auf den ersten Blick einzuleuchten. Eine Kritik dieser Auffassung kann eine Besonderheit anführen, die bis heute Kennzeichen der deutschen Gründerhaftung geblieben ist.

So sehr die Novelle von 1884 Vorbild für außerdeutsche Regelungen wurde, in der Frage der Anspruchsberechtigung steht die deutsche Regelung allein ²⁾. Soweit andere Rechte diesen Problemkreis berühren, lassen sie einen Anspruch der Aktionäre, der Gläubiger und der sonstigen Geschädigten gegen die Gründer zu ³⁾ - teils mit einem Anspruch der Gesellschaft daneben, teils ohne Anspruch der Gesellschaft ⁴⁾. Wenn auch das deutsche Recht eine "action directe" ⁵⁾ dieser Betroffenen nicht vorgesehen hat, kann daraus nicht folgen, daß ihr Interessen in § 46 nicht geschützt sind.

Eine historische Auslegung gibt ein Indiz für die Schutzrichtung von § 46. Wiener ⁶⁾, der Referent der Novelle von 1884, hat deutlich hervorgehoben, daß mit einem Anspruch der Gesellschaft ein Schutz der Gläubiger mittelbar erreicht werden sollte. Um Schwierigkeiten beim Nachweis von Schadens- und

1) S.o.S. 53 d.A., Fußnt. 2

2) Takaki, Kirischo, Diss.jur.Heidelberg 1906, S. 60, 61 nennt als einzige gleichlautende Regelung in rechtsvergleichender Sicht das frühere japanische Recht.

3) Frz. Recht: Moreau, a.a.O., S. 582, Beneluxstaaten: Lutter, a.a.O., S. 521, 522; England: Silbernagel, a.a.O. S. 7 ff; Schweiz: Morant, a.a.O., S. 44

4) Das frühere ungarische Recht nach Takaki, Kirischo, a.a.O., S. 63

5) Begriff bei Müller-Erzbach, Irg. Jahrb. 83, 257 ff, (272), der auf Vorzüge der frz. Regelung hinweist.

6) Wiener, ZHR 24, (1879) S. 464; ältere Lehre: Karl Lehmann, a.a.O., S. 457

Kausalitätsfragen aus dem Wege zu gehen, wurde der Gesellschaft ein Anspruch gegeben; Einzelansprüche sollten in dem Anspruch der Gesellschaft aufgehen ¹⁾.

Das wird durch eine weitere Überlegung bestätigt. § 46 dient wie andere Vorschriften zugleich der Sicherung des Grundkapitals ²⁾. Die Ansicht von Ballerstedt ³⁾, daß die Haftungsstocksicherung durch die Einlagepflicht, nicht aber durch § 46 (§ 39 AktG 1937) erzielt werden solle, vermag nicht zu überzeugen. Die Tatbestände von § 46 kommen in ihrem Erfolg dem gesetzgeberischen Ziel entgegen, die Aktiengesellschaft mit den angekündigten, verfügbaren Mitteln ohne Schaden entstehen zu lassen. Daß die Gründerhaftung nicht anders als weitere Kautelen des Gesetzes die Aufbringung des Grundkapitals sichern soll, wird durch den Hauptanwendungsfall - § 46 Abs. 2 - besonders deutlich ⁴⁾. Die Beziehung zum Grundkapital, haben jedoch alle Tatbestände ⁵⁾ des § 46. Für § 54 Abs. 3 ⁶⁾, dessen gesetzliche Pflichten in § 46 Abs. 1 enthalten sind, wurde das mehrfach anerkannt ⁷⁾. Auch Sondervorteile und Gründungsaufwand schmälern das Kapital der Gesellschaft. Ein falscher Zahlungsmodus oder ein Zahlungsunfähiger Aktionär gefährden sein Aufkommen (§ 46 Abs. 1, § 46 Abs. 4). Dieses erkennbare und definierbare Anliegen des Gesetzes schließt mit der Sicherung des Gesellschaftsvermögens als wirtschaftlicher

-
- 1) Nieden, a.a.O., S. 3; Motive 1884, a.a.O., S. 120; RGZ 18 (1886), 56 ff; Ritter, § 39 Anm. 11
2) H.M.G.: BGHZ 15 (1955), 66 ff (70, 71); Froebel, a.a.O. S. 21; Düringer-Hachenburg, § 202, 2; Staub-Pinner, Einltg. zu 202 HGB
3) Ballerstedt, JZ 1960, 513 ff (518 r.Sp.) bezogen auf § 39 AktG 1937 (§ 46 AktG 1965)
4) Flume, Betrieb 1964, 21 ff (21)
5) Nieden, a.a.O., S. 12; Bernburg, Allgemeine Lehren (1902), S. 232; Lutter, a.a.O., S. 51; Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 44
6) Gleicher Wortlaut: § 49 Abs. 3, AktG 1937
7) RGZ 144 (1934), 348 ff (356); 154 (1938), 276 ff (281 f) für Rechtslage zum AktG 1937

Grundlage der AG auch die Sicherung des Haftungsstockes ein¹⁾ (Drittschutzfunktion).

Die Sicherungskautelen für das Aufkommen des Grundkapitals haben die Aufgabe, mehrere Interessen²⁾ zu schützen, darunter die der Gesellschaft³⁾, der Aktionäre⁴⁾ und Gläubiger⁵⁾ - § 46 hat mithin ebenfalls mehrere Schutzrichtungen.

Wenn manche Autoren einige Interessenträger (z.B. Mitgründer, Aktionäre) ausnehmen, weil sie sich selbst hätten schützen müssen⁶⁾, bedienen sie sich eines der Hauptargumente des "Laissez-faire".

Dieses Ergebnis bedarf jedoch einer notwendigen Ergänzung. So umfassend Interessenschutz nach der gesetzlichen Wertung einbezogen und gewährleistet ist, wird ein Ausgleich doch nur mittelbar⁷⁾ auf dem Weg über den Anspruch der Gesellschaft erzielt. Die Gesellschaft ist der gemeinsame Bezugspunkt aller Interessen. An ihrem Schicksal nehmen Gründer wie Aktionäre, Gläubiger und Öffentlichkeit in gleicher Weise teil. Die Gesellschaft wurde erkennbar zur "Interessenausgleichsstelle"⁸⁾ gewählt. Die Rechtsnatur der Haftung muß deshalb konstruktiv auf das Verhältnis zwischen Gründern und Gesellschaft zurückgeführt werden. Von diesem Ausgangspunkt her ergibt sich kein Einwand dagegen, § 46 einerseits als Ausdruck

-
- 1) Zur Doppelnatur des Grundkapitals hier nur angedeutet: Rauch, Schmollers Jahrb. 67 (1943), 565 ff; Kalvermann-Hallstein, Gesellschaftskapital (1942), S. 35; Müller-Erzbach, Handelsrecht (1928), S. 248; ders. Mitgliedschaft, S. 77, 122
 - 2) Würdinger, Aktienrecht, 2. Auflg., S. 25 ff; Reinhardt, Festschr. Walter Schmidt, S. 23 ff (36)
 - 3) Zöllner, a.a.O., S. 40; Reinhardt, Festschr. für Lehmann, S. 546 ff
 - 4) Dregger, a.a.O., S. 25; Fabricius, Rechtsfähigkeit, S. 85, 86; für Schweizer Recht: v. Steiger, Aktiengesellschaft, S. 100; BEG 59, II, 442 ff (447)
 - 5) s.o.S. 54 d.A., Fußnt. 8
 - 6) Stolz, a.a.O., S. 76; Hoffmann, AG 1963, 261 ff (266)
 - 7) Für ähnliche Rechtsfragen: Zöllner, a.a.O., S. 40; Georgakopoulos, a.a.O., S. 121: "reflexartig".
 - 8) Begriff in anderem Zusammenhang bei Westermann, Festschr. Vits, S. 251 ff (260)

gesellschaftsrechtlicher Prinzipien (Grundkapitalsicherung) und zugleich als vertragliche oder vertragsähnliche Haftung anzusehen ¹⁾.

Für die Rechtsnatur der Haftung kommt es auf die Pflichtlage zwischen Gründern und Aktiengesellschaft an.

D. Teilergebnis

§ 46 soll ein Bündel von Interessen schützen. Die Vorschrift ist zugleich Ausdruck typischer Prinzipien des Kapitalgesellschaftsrechts. Die Untersuchung zur Rechtsnatur der Haftung wird sich auf die Pflichtlage zwischen Gründern und Gesellschaft konzentrieren müssen, da trotz anderweit mittelbar geschützter Interessenträger von der Konstruktion des Gesetzes her nur dieses Verhältnis für die Haftung entscheidend ist.

§ 8 Pflichtenlage zwischen Gründern und "AG"

I. Die Rechtsnatur der Gründung

Rechtsgrund und Inhalt möglicher Gründerpflichten scheinen von dem Ergebnis der alten Streitfrage abzuhängen, welchen Rechtscharakter die Gründung hat ²⁾. Die Entstehung einer Aktiengesellschaft setzt Rechtshandlungen verschiedener Art voraus, die sich über längere Zeit hinziehen können. "Die Gründung" ist kein einheitlicher Akt. Als wichtigste, für die Ord-

1) Ballerstedt, AcP 151 (1950), S. 501 (502, Fußnt. 3) ganz allgemein für culpa in contrahendo und diese Prinzipien ohne Bezug zur Gründerhaftung.

2) Vgl. grundlegend: Theorie vom konstitutiven Gesamttakt: vergl. dazu: Otto v. Gierke, Dtsch. Privatrecht, I. Bd., S. 486 ff, "Sozialrechtliche Einigung"; Julius v. Gierke, Handelsrecht, S. 172, 271; Feine, a.a.O. S. 177 ff; Vertragstheorie: Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 106 II; Ausführliche Nachweise bei Schumann, Handelsrecht I, S. 217, 218

nung der späteren Gesellschaft bedeutendste Handlung, muß die Feststellung der Satzung (§ 23) angesehen werden, die zusammen mit der Aktienübernahme (§ 29) durchzuführen ist. Wie schon angedeutet, stehen die Tatbestände des § 46 mit der Satzungsaufstellung in engem Zusammenhang ¹⁾.

Für die Satzung ist seit langem bestritten, ob sie ein vertraglicher und rechtsgeschäftlicher Akt ²⁾, ein Organisationsvertrag ³⁾ oder ein körperschaftlicher Gesamtakt eigener ⁴⁾ Art ist. Nach verbreiteter Meinung ⁵⁾ treffen beide Elemente - vertragliche und körperschaftsrechtliche - zusammen.

Im Rahmen dieser Arbeit kann es nicht unternommen werden, auf die Streitfragen zur Rechtsnatur der Gründung näher einzugehen, ohne wegen der gebotenen Kürze den vielfältigen Meinungen unrecht zu tun. Man darf darauf verzichten, weil die Frage der Rechtsnatur einer Gründerhaftung nicht davon abhängt. Es ist für d i e s e s Problem nämlich gleichgültig, ob die Gründung ⁶⁾ ausschließlich den Charakter eines Rechtsgeschäftes hat oder nicht. Eine vertragliche Haftung hängt von dieser Voraussetzung nicht ab. Weder positive Forderungsverletzung noch culpa in contrahendo gehen notwendig auf rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zurück. Diese für culpa in contrahendo lange umstrittene Meinung ⁷⁾ verlangt zur Inanspruch-

1) S.o.S. 48 d.A.

2) Wiethölter, Gründungskontrolle, S. 231, 233 ff

3) Würdinger, Einmanngesellschaft, S. 341; ders. Aktienrecht, 2. Aufl. S. 35, 101

4) Großkomm.-Schmidt, § 2 Anm. 2,3

5) Ausführliche Nachweise bei Schumann, Handelsrecht I, S.217, 218; Bärmann, Willensbildung S. 9 ff, der den Streit als unfruchtbar bezeichnet (S.33),

6) Gemeint sein können immer nur die notwendigen verschiedenen Gründungshandlungen, wie Satzungsaufstellung, Übernahme der Aktien usw.: Wie dargelegt, kommen auch die Anhänger der Gesamtaktslehre zu dem Ergebnis, einzelne Gründungshandlungen hätten "zugleich" (Doppelnatur) rechtsgeschäftlichen Charakter.

7) Newerdings: Ballerstedt, AcP 151 (1950/51), 505 ff (507); Flume, AcP 161 (1962), 52 ff (63) m. Nachw.

nahme bei schuldhaftem Verhalten neuerdings nur noch ein gesetzliches Schuldverhältnis.

Unabhängig von der dogmatisch-begrifflichen Erfassung des Errichtungsaktes gilt es, den Rechtsgrund und den Inhalt eines Schuldverhältnisses zwischen Gründern und AG zu untersuchen.

II. Schuldverhältnis aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Eine weitere Streitfrage des älteren Rechts könnte für die Gründerhaftung Bedeutung haben.

Vor Erlass der Novelle 1884 versuchte man vereinzelt eine Verantwortlichkeit der Gründer aus den Grundsätzen zur Geschäftsführung ohne Auftrag zu entwickeln¹⁾. Wenn zwischen Gründern und Aktiengesellschaft ein Schuldverhältnis dieser Art²⁾ besteht, müßte sich daraus eine Pflichtverletzung bestimmen lassen.

Die Auffassung, daß die Gründer in Einzelfällen eine Geschäftsführung ohne Auftrag zugunsten des späteren Verbandes übernehmen, wird auch heute vertreten³⁾.

Die Gründungshandlungen sind aber als gesellschaftsgründende Akte nicht im Sinne einer bloßen Geschäftsführung zu qualifizieren. Wenn auch ein näherer Beleg für diese Ansicht sich erst aus der Besonderheit der Gründerstellung ergeben wird, lassen sich schon hier Gegenargumente anführen.

-
- 1) Motive (Begründung), a.a.O., S. 63; weitere Nachw. bei Renaud, Aktiengesellschaften, S. 238
 - 2) So: ROHG 10 (1873), 200 ff (205); 20 (1876), 208 ff (211); fortgeführt von RGZ 5 (1881), 18 ff (21); 64 (1907), 187 ff (191), RG in Gruchot 33 (1889), 872 ff (874); Stolz, a.a.O., S. 67
 - 3) Vergl. Teichmann-Koehler, § 34 Anm. 5; Horn, in NJW 1964, 86 ff (90); Baumbach-Hueck, § 34 Anm. 2 c, soweit nicht Satzungsinhalt betroffen ist; a.A. Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 191; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 41 Anm. 7; Georgakopoulos, a.a.O., S. 111; Scholz, a.a.O., § 11 GmbHG, Anm. 8

Renaud ¹⁾ hat darauf hingewiesen, daß für ein noch nicht vorhandenes Rechtssubjekt nicht gehandelt werden könne ²⁾. Es kann dahinstehen, ob ein Schuldverhältnis ³⁾ - wie das aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag - entsteht, wenn die Rechtsperson, deren Geschäfte besorgt werden sollen, noch nicht besteht. Die typische Interessenlage jedenfalls, ein drängendes fremdes Geschäft dem Geschäftsherrn abzunehmen, weil dieser zu handeln verhindert ist, kennzeichnet die Gründertätigkeit nicht. Ein für die Geschäftsführung ohne Auftrag notwendiges Abstellen auf den Willen des Geschäftsführers ⁴⁾ führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Gründer handeln mindestens ganz überwiegend im eigenen Interesse ⁵⁾. In ihrem Bewußtsein wird diese Seite ihres Handelns im Vordergrund stehen. Geschäftsführung ohne Auftrag läßt sich zwar auch dann begründen, wenn eigene und zugleich fremde Belange wahrgenommen werden ⁶⁾; es muß der Geschäftsführerwille in diesen Fällen jedoch äußerlich erkennbar sein ⁷⁾. Sollte sich herausstellen, daß die Gründer im fremden Interesse nur aufgrund einer ihnen verliehenen "Rechtsmacht" ⁸⁾ oder kraft einer besonderen Rechtsstellung tätig werden, wäre damit eine negative Voraussetzung der §§ 677 ff BGB gegeben. Diese weiteren Merkmale würden die Geschäftsführung ohne Auftrag als gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Gründern und AG ausschließen.

1) Renaud, Aktiengesellschaften, S. 238

2) Vergl. o.S. 12 f d. A. die Argumente der h.MG. zur Deliktsnatur von § 46. Sie lehnten eine Vertragshaftung ab, weil die jur. Person noch nicht existent sei.

3) Palandt-Gramm, § 677, Anm. 1, b

4) Esser, Schuldrecht, S. 754; Palandt-Gramm, § 676, Anm. 2, b

5) Ausschließlich im eigenen Interesse: Karl Wieland, Handelsrecht, Bd. II, S. 74

6) BGHZ 30 (1960), 162 ff (167)

7) BGHZ 40 (1964), 28 ff (30)

8) Begriff bei Mann, Sachgründung, S. 44

III. Pflichtenlage zwischen Gründern, Vorgesellschaft und AG

Um § 46 zu erklären, muß genauer bezeichnet werden, wem gegenüber die Gründer Pflichten haben: gegenüber der Vorgesellschaft oder gegenüber dem rechtsfähigen Verband ¹⁾. - Scholz ²⁾ sieht eine Pflichtbeziehung ausschließlich im Verhältnis der Gründer zur Vorgesellschaft. Seiner Meinung nach sollen Ansprüche der Vorgesellschaft bei Sacheinlage-schwindel (GmbH) nach den Grundsätzen zur Identitätstheorie auf die spätere Gesellschaft übergehen. Dieser Konstruktion bedürfte es nicht, wenn die Gründer dem rechtsfähigen Verband selbst zur Sorgfalt nach Vertragsgrundsätzen verpflichtet wären.

Die Differenzierung zwischen Vorgesellschaft und Aktiengesellschaft hinsichtlich des Pflichtadressaten könnte vom Ausgangspunkt einer verbreiteten Meinung zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft als überflüssig erscheinen. Der BGH ³⁾ und zahlreiche Autoren ⁴⁾ sehen in dem Zusammenschluß vor Eintragung der AG eine Gesellschaftsform eigener Art, die schon den Vorschriften des zu gründenden Verbandes unterliegt, soweit nicht Rechtsfähigkeit vorausgesetzt wird. Angesichts

-
- 1) In Übereinstimmung mit der üblichen Bezeichnung (vergl. Reinecke, AG 1962, 66 ff (67) wird hier die werdende Gesellschaft zwischen Errichtung und Eintragung "Vorgesellschaft" genannt (ebenso: Horn, NJW 1964, 86 ff (87)).
 - 2) Scholz, Komm. GmbHG, § 46 Anm. 21 für GmbH für einen speziellen Fall.
 - 3) BGH 20 (1956), 281 ff (285-86) = NJW 1956, 947 ff = LM Nr. 3 zu § 13 GenG mit Anm. von Fischer; BGHZ 21 (1956) 236 ff (242-243) = NJW 56, 1435 ff = LM Nr. 8 zu § 11 GmbHG mit Anm. von Fischer = BGH in AG 1961, 355 ff, BGH, AG 1966, 132 ff (135); BGH, NJW 1966, 1311 ff (1312)
 - 4) Feine, Ehrenberg's Hdb., a.a.O., S. 201; Dregger, a.a.O., S. 71-75; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 29 Anm. 4 im Gegensatz zur Voraufgabe; Meyer-Meulenbergh, Komm.GenG, 9. Auflg. (1961), § 13 Anm. 1 b; Ganßmüller, GmbHRSch 1953, 116 (119-120); ders. NJW 1956, 1185 ff (1187) ders. GmbHRSch 1967, 75 ff (76 f); Reinecke, AG 1962, 66 ff (67); Schilling in Hachenburg, § 11 GmbHG Anm. 2; BAG in NJW 1963, 680 ff = AG 1963, 189 ff

der zahlreichen Streitfragen zu diesem Punkt erscheint es erforderlich, den Adressaten der Gründerpflichten näher zu bestimmen.

Es ist ungenau, in dem späteren Verband "gleichsam" einen "Mitkontrahenten" ¹⁾ der Gründer zu sehen. Diese vereinfachende Anschauung hält einer Kritik nicht stand. Sie wäre zur Interpretation der Gründerhaftung auch ungeeignet, den Einwand gegen einen Vertragscharakter ²⁾ zu widerlegen, wonach die Rechtsperson zur Zeit der schadensstiftenden Handlung noch nicht bestehe, jedenfalls bei Zusammenwirken aller Gründer ein Anspruch der Vorgesellschaft ganz entfallen müsse ³⁾.

Wird der rechtsfähige Verband als Adressat von Gründerpflichten angesehen, müßte ein Problematisches, die sich aus einem Zusammenwirken der Gründer ergibt, von vornherein ausscheiden, da die Verselbständigung der juristischen Person gegenüber ihren Mitgliedern eine von diesen gelöste Anspruchsträgerschaft mit sich bringt. Bei Pflichtgeboten gegenüber der Vorgesellschaft wird der Einwand jedoch näher zu untersuchen sein.

Die Klärung des Pflichtadressaten berührt die Problematik zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft. Diese umstrittene Rechtsfrage ⁴⁾ ist es wert, gesondert untersucht zu werden. Im Rahmen dieser Arbeit soll sie jedoch nur kurz behandelt werden, vor allem im Hinblick auf die Pflichten, die § 46 zu Grunde liegen.

Für den korporativen Charakter des Zusammenschlusses vor Eintragung der AG ⁵⁾ spricht, daß der einzige Zweck einer solchen Vereinigung darauf abzielt, eine Körperschaft mit dem erforder-

1) Dernberg, a.a.O. (1905), S. 234 Anm. 3,5

2) S.o.S. 13 d.A.

3) S.o.S. 17 d.A.; insbesondere Hachenburg, LZ 1906, 15 ff (31); Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436); Brunner, a.a.O., S. 59,60

4) Vergl. Nachw. bei Würdinger, Aktienrecht, 2. Aufl., S. 103, 104; Schumann, Handelsrecht, I. Bd., S. 316; Haberkorn, BB 1962, 1408 ff (1409,1410); Horn, NJW 1964, 86 ff (87 f)

5) Unberücksichtigt bleibt der Gründerzusammenschluß vor Satzungsaufstellung.

derlichen Mindestkapital zu gründen ¹⁾. Diesen Zweck versucht das Gesetz mit verschiedenen Kautelen zu sichern, und zwar unabhängig vom Willen der Mitglieder im Gegensatz zur bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ²⁾. Beim Tode eines Mitgliedes wird die Vorgesellschaft nicht aufgelöst ³⁾. Ebensowenig gilt der Konkurs eines Gründers als Auflösungsgrund ⁴⁾. Bei der früheren Stufenründung ⁵⁾ konnten im Unterschied zur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine unbestimmte Vielzahl von Aktionären der Vorgesellschaft beitreten ⁶⁾.

Daraus folgt aber nicht, daß der Gründerzusammenschluß in die Rechtsform des nicht rechtsfähigen Vereins einzuordnen ist ⁷⁾. Die spezifisch aktienrechtlichen Verpflichtungen müssen beachtet werden, die sich schon in dieser Phase der Entwicklung zum rechtsfähigen Verband ergeben. Die Satzung legt eine Organisation für die Vorgesellschaft wie für die spätere AG fest. Die darin aufgestellten Verpflichtungen können in Teilen schon v o r Eintragung erfüllt werden. Ein Viertel der Bareinlagen (§ 36 Abs. 2 S. 2) ist schon vorher in bestimmter Weise (§ 37 Abs. 1) zu erbringen. - Würdinger ⁸⁾ kann man nicht zustimmen in der Annahme, §§ 36, 37 ⁹⁾ begründeten keine aktienrechtliche Verpflichtungen, sondern bloße "wechselseitige Ansprüche" auf Mitwirkung im Rahmen des Gesellschaftsvertrages einer Gelegenheitsgesellschaft. Die in §§ 36, 37 normierten gesetzlichen Pflichten sind unabdingbar und entstehen unabhängig vom Willen der Parteien als gesetzliche

1) Müller-Erbach, Mitgliedschaft, S. 256; Scholz, JW 1938, 3149 ff (3152 f)

2) Haberkorn, BB 1962, 1408 ff (1410)

3) Dregger, a.a.O., S. 17

4) RG in JW 1913, 925 f

5) Nach AktG 1965 entfallen.

6) A.A.: RG in stdg. Rechtspr.: RGZ 58 (1905), 55 ff (56); 143 (1934) 368 ff (372)

7) So aber Schumann, Handelsrecht, I.Bd., S. 316 m. Nachw.; weitere Nachweise bei Haberkorn, BB 1962, 1408 ff (1410)

8) Würdinger, Aktienrecht, 2. Aufl., S. 102, Voraufg. S. 112

9) Pflichten aus § 37 sind in § 46 Abs. 1 enthalten; gleicher Wortlaut: §§ 28 Abs. 2, 29 Abs. 1 AktG 1937

Pflichten gegenüber der Vorgesellschaft. Für zwei Fälle von § 46 Abs. 1 macht § 54 Abs. 3 ¹⁾ deutlich, daß seine gesetzlichen Pflichten schon gegenüber der Vorgesellschaft ²⁾ erwachsen: Die richtige Auswahl der Einzahlungsstelle und die freie Verfügungsmacht des Vorstandes trifft die Gründer als gesetzliches Schuldverhältnis im Vorstadium. § 54 Abs. 3 entspricht dem früheren § 195 Abs. 3 HGB (Anmeldeverfahren). Das Aktiengesetz von 1937 (§ 49 Abs. 3 AktG 1937) hatte diese Vorschrift in den richtigen Zusammenhang gebracht: ³⁾ "Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und der Gesellschaft" ⁴⁾.

§ 54 gilt nur für Einzahlungen bis zur Rechtsfähigkeit. Zu Unrecht entnehmen Teichmann-Koehler ⁵⁾ der systematischen Stellung der Vorschrift ("Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und der Gesellschaft"), daß nur gegenüber der AG, nicht aber gegenüber der Vorgesellschaft die Pflichten aus § 54 bestünden. Nicht allein die spätere Aktiengesellschaft wird daraus berechtigt ⁶⁾. Die Ausrichtung auf den rechtsfähigen Verband verkennt den Zusammenhang, der zwischen Vorgesellschaft und AG besteht. Die Vorgesellschaft soll den rechtsfähigen Verband vorbereiten und alles in die Wege leiten, was zu dessen ordnungsgemäßer Gründung erforderlich ist. Unabhängig von der Zwecksetzung im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern liegt darin ihr erkennbarer gesetzlicher Grund ⁷⁾, der auf die Zwecke der späteren AG ausgerichtet ist ⁸⁾. Da-

1) Gleicher Wortlaut: § 49 Abs. 3 AktG 1937

2) Wolany, AG 1966, 118 ff (123)

3) Teichmann-Koehler, § 49 Anm. 4; a.A.: Ritter, § 49 Anm. 5

4) Es erscheint nicht überzeugend, diese Verpflichtungen (§§ 54 Abs. 3, 36 Abs. 2) ausschließlich als Gläubigerschutzbestimmungen aufzufassen (wie Hoffmann, AG 1963, 261 ff, 265). Wie für § 46 allgemein gilt hier zur Schutzrichtung, daß a l l e beteiligten Interessen geschützt werden sollen, wobei nach dem Wortlaut des Gesetzes die Verpflichtung auf die Gesellschaft zurückzuführen ist.

5) Teichmann-Koehler, § 49 Anm. 3 für AktG 1937

6) Brodmann, Komm.AktG, § 182 Anm. 2 (S. 23); Baumbach-Hueck, § 49 Anm. 4

7) Haberkorn, BB 1962, 1408 ff (1410); Gaerths, Diss. jur. Göttingen 1933, S. 14

8) BGH, AG 1966, 132 ff (135)

raus ergibt sich, daß die Interessen des künftigen Unternehmens schon vor Eintragung auf die Verpflichtungen der Mitglieder der Vorgesellschaft einwirken können ¹⁾. Auch die Öffentlichkeit ist schon zu diesem Zeitpunkt an den Gründerangaben interessiert. Die "Erklärungen im fremden Interessenbereich" ²⁾ werden nicht erst durch die Registereintragung vermittelt. Eine Gründungsversammlung z.B. kann ein Verkehrsschutzbedürfnis in gleicher Weise aufwerfen. Der konstitutive Akt der Eintragung, das "Rechtspersönlichkeitwerden", ist kein geeigneter Anhaltspunkt, an dem Pflichten der Mitglieder ³⁾, der Organe, der Gründer anknüpfen könnten.

Nach der hier vertretenen Meinung des BGH ⁴⁾ unterscheiden sich Vorgesellschaft und AG in ihrer rechtlichen Struktur und in ihrer Pflichtenlage nicht.

Für Organpflichten hat das Reichsgericht ⁵⁾ nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung abgestellt. Es ließ bei Verstößen der Organe im Gründungsstadium (§ 48) den Anspruch der Vorgesellschaft nach den Grundsätzen zur Identitätstheorie auf die AG übergehen. Die Organe der Vorgesellschaft hätten Pflichten, die sich nicht unterschieden von der Verantwortlichkeit gegenüber der eingetragenen Gesellschaft, Schlegelberger-Quassowski ⁶⁾ führen diese Meinung weiter aus und bezeichnen § 41 AktG 1937 (§ 48 AktG 1965) als überflüssig angesichts der in §§ 84, 99 AktG 1937 (93, 116 AktG 1965) gegebenen Haftbarkeit nach Eintragung. Dabei wird jedoch übersehen, daß der Gesetzgeber für das Gründungsstadium eine Sonderregelung eingeführt hat, die sich in mancher Hinsicht ⁷⁾ von der des § 93 (116)

1) Ballerstedt, Kapital, S. 77

2) Müller-Erzbach, IJrG. Jahrb. 83 (1933), 287 ff

3) Knöpfel, Diss. jur. München 1954, S. 65

4) S.O.S. 68 d.A., Fußnt. 3

5) RGZ 144 (1934), 348 ff (356)

6) Schlegelberger-Quassowski, § 41 Anm. 1; a.A.: Baumbach-Hueck, § 84 Anm. 1 d nicht grundsätzlch.

7) Vergl. Beweislast in § 93 Abs. 2 S. 2

abhebt. Der Kern dieser Argumentation - Pflichten im Vorstadium und Pflichten nach Eintragung der AG weder der Art noch der Intensität nach zu unterscheiden - ist jedoch richtig ¹⁾. Entsprechend müssen die Organe auch schon vor Eintragung mit der vollen strafrechtlichen Verantwortlichkeit rechnen ²⁾.

Aus den angeführten Gründen erscheint es angebracht, den Adressaten der Gründerpflichten nicht nur in der späteren AG ³⁾, sondern schon in der Vorgesellschaft ⁴⁾ zu sehen. Das Argument der herrschenden Meinung zum Deliktscharakter der Gründerhaftung, die Gesellschaft bestehe noch nicht ⁵⁾, muß sich entgegenhalten lassen, daß jedenfalls die Vorgesellschaft "besteht". Deren aktienrechtliche Wirkungen bestimmen die Handlungsweise der Gründer schon vor Eintragung. Wenn sich aus Pflichtverletzungen vertragliche Ansprüche der Vorgesellschaft ableiten ließen, gingen diese auf die Aktiengesellschaft über ⁶⁾. Dazu gelangt man über die Grundsätze der sog. Identitätstheorie ⁷⁾, die nach dem Ausgangspunkt zur rechtlichen Struktur von Vorgesellschaft und AG anzuwenden ist. Selbst die Gegner der Theorie ⁸⁾ würden diese im Vorstadium begründeten Rechte als Ansprüche der rechtsfähigen Körperschaft ansehen müssen, um das "Haftungsvermögen" zu "schützen" ⁹⁾.

In diesem Zusammenhang kann ferner das von Hachenburg ¹⁰⁾ erstmals angeführte Argument gegen eine vertragliche Natur der Gründerhaftung genannt werden, die Gesellschaft im Gründungs-

-
- 1) Wie RG oben S.72 , Fußnt.5 , auch Bayer, a.a.O., S. 112; Großkomm.-Schilling, § 84 Anm. 2
 - 2) RGSt 34 (1901), 412 f (413); Großkomm.-Gadow (1939), § 294 Anm. 10; Schlegelberger-Quassowski, § 41 Anm. 5; Diederich, a.a.O., S. 39
 - 3) KG in OLGE 12 (1906), 448
 - 4) Ausdrückl. Gannsmüller, GmbHRsch 1967, 75 ff (807)
 - 5) S.o.S. 13 d.A.,
 - 6) So ausdrücklich: RGZ 144 (1934), 348 ff (356) für Organe.
 - 7) RG in stdg. Rechtspr. RGZ 85 (1911), 256 ff (259) u.v.a.: Dregger, Vorgesellschaft, S. 61 ff; Schlegelberger-Quassowski, § 34 Anm. 2; weitere Nachw. bei Horn, NJW 1964, 86 ff (87); Gannsmüller, GmbHRsch 1967, 65 ff (65 f)
 - 8) Neuerdings: Horn, NJW 1964, 86 ff (89 ff) mit zahlreichen Nachw.
 - 9) Horn, NJW 1964, 86 ff (88)
 - 10) Hachenburg, a.a.O., S.17 d.A. Fußnt. 3, die ihm folgende Lit. begründet nicht; vergl. S. 17 d.A., Fußnt.4

stadium könne nicht in der Weise von ihren Gesellschaftern getrennt werden, daß bei schädigendem Zusammenwirken aller in Anspruch des Verbandes erwachse ¹⁾. Dieser Gedanke rückt näher, wenn im Gründerzusammenschluß eine Gesellschaft körperschaftlichen Rechts gesehen wird. Je mehr diese Vereinigung körperschaftliche Struktur hat, muß aber die Sozietät gegenüber der Individualität der Gesellschafter verselbständigt sein. Für die Vorgesellschaft ist diese Frage nach den Rechtsverhältnissen der späteren AG zu entscheiden, trifft doch die Satzung, die gemeinsam festzustellen ist, die Belange der gegenwärtigen und künftigen Mitglieder ²⁾ wie aller betroffenen Interessenträger.

Das Landgericht Freiburg ³⁾ hat in einem vergleichbaren Fall bei Zusammenwirken von GmbH-Gesellschaftern vor Eintragung einen Anspruch der GmbH versagt, weil niemand gehindert sei, sich einen Schaden zuzufügen. Gottschling ⁴⁾ lehnt die Entscheidung ab und hält einen Anspruch für gegeben, weil GmbH und Gesellschafter verschiedene Rechtssubjekte seien. Dem kann man grundsätzlich zustimmen. Es muß aber hinzugefügt werden, daß in dem vom LG Freiburg entschiedenen Fall ein Zusammenwirken im G r ü n d u n g s s t a d i u m vorlag, mithin auch im Verhältnis zwischen V o r g e s e l l s c h a f t und deren Mitgliedern ein Zusammenwirken den Anspruch unberührt läßt. Neben dem körperschaftlichen Moment, das diese Trennung nahelegt, ergeben sich weitere Argumente für eine Verselbständigung der Vorgesellschaft gegenüber ihren Mitgliedern. Die überindividuellen Zwecke der AG ⁵⁾ setzen schon vor Eintragung ein. Entsprechend sind die Rechtsbeziehungen der Mitglieder untereinander schwach ⁶⁾, die zur "Gesellschaft"

1) Hachenburg, § 9 GmbHG Anm. 28

2) BGH, BB 1967, 647 f (648)

3) LG Freiburg; Tatbestand bei Gottschling GmbHRSch 1961, 83 ff (83)

4) Gottschling, GmbHRSch 1961, 83 f

5) Hefermehl, Jura Europae, 10.00.5; Gaerths, a.a.O., S. 22

6) RGZ 158 (1939), 248 ff (252) hat z.B. eine Treupflicht der Gründer untereinander abgelehnt.

jedoch ausgeprägt¹⁾. Durch gemeinsame Absprache, durch Parteivereinbarung, läßt sich dieser Zweck nach Satzungsaufstellung nicht mehr ändern²⁾.

Ein Zusammenwirken aller Gründer hindert also einen Anspruch des Verbandes nicht. Die Privatautonomie der Gesellschafter ist eingeschränkt durch zahlreiche Bestimmungen, die das Aufbringen des Grundkapitals und eine Schädigung der Gesellschaft verhindern sollen³⁾. Die angeführten aktienrechtlichen Pflichten aus §§ 54 Abs. 3, 36 Abs. 2 S. 2 und 37 Abs. 1, die in § 46 Abs. 1 betroffen sind, stellen g e s e t z l i c h e, u n a b d i n g b a r e Pflichten dar. In § 60 Abs. 1 AktG 1937 kam dieser Grundsatz nur für einzelne Pflichten zum Ausdruck. Nunmehr ergänzt § 66 AktG 1965 die Unabdingbarkeit über die Gebote des § 54 hinaus um einen weiteren Katalog von Tatbeständen (§ 66 Abs. 2), die mit § 46 eng zusammenhängen. Wenn sich feststellen ließe, daß a l l e Fallgruppen von § 46 auf die Verletzung solcher Pflichten zurückgehen, wäre damit ein entscheidender Grund gegen die herrschende Meinung gewonnen.

§ 9 Besonderheiten der Gründerstellung

I. Doppelinteressen

Die Pflichtenanlage zwischen Gründern und AG kann man nicht untersuchen, ohne die Besonderheiten der Gründerstellung genauer zu betrachten. Die bei Gründung gefährdeten Interessen, der Schutzzweck von § 46 und der Pflichtadressat wurden angedeutet. Nunmehr geht es um eine Präzisierung der Interessen-

-
- 1) BGH, WM 1965, 578 f (579); Schlegelberger-Quassowski, § 1 Anm. 4; v. Godin-Wilhelmi, 2. Aufl., § 1 Anm. 2; Knöpfel, Diss. jur., a.a.O., S. 62
 - 2) Der Fall einer Neufeststellung der Satzung kann hier unberücksichtigt bleiben.
 - 3) §§ 54 Abs. 3; 36 Abs. 2; 37 Abs. 1; 26 Abs. 3 Satz 1; 27 Abs. 2, 32 ff (Prüfungsverfahren); 38 ff (Registerprüfung); 63 ff (Kaduzierungsverfahren)

lage aus der Sicht der Gründer und um ihre Rechtsstellung.

Dafür gilt es zunächst, ein Schlagwort genauer zu untersuchen, dessen Inhalt nach einer beiläufigen Stellungnahme von Ballerstedt ¹⁾ den entscheidenden Hinweis auf die Rechtsnatur der Haftung geben soll: die "Doppelstellung" ²⁾, "doppelte Eigenschaft" ³⁾ oder "Doppeleigenschaft" ⁴⁾ der Gründer.

Die Bezeichnungen beziehen sich nicht auf den Theorienstreit zur Gründung, der Otto v. Gierke ⁵⁾ und die Anhänger seiner Gesamtschuldlehre ein "doppeltes Ansehen" ⁶⁾ zumessen. Die Gründung enthalte neben dem schöpferischen Akt, einen sozialen Willensträger ins Dasein zu rufen, zugleich ein rechtsgeschäftliches Element bei einzelnen Gründungshandlungen. Diese Seite des Gründungsaktes erscheint in diesem Zusammenhang nicht wichtig, da sie nicht Gründerpflichten charakterisiert, sondern eine dogmatische und begriffliche Erfassung des Gründungsaktes versucht. Es zeigt sich indessen, daß "Doppelstellung" als Begriff im Zusammenhang mit der Gründung mit sehr verschiedenem Inhalt gebraucht wird.

Das Reichsgericht ⁷⁾ und Rudolf Fischer ⁸⁾ wollen die Doppeleigenschaft aus der Organstellung der Gründer entnehmen ⁹⁾ oder aus der gesetzlichen Vertretungsmacht der Gründer für die Gesellschaft ¹⁰⁾ ableiten, die der mitgliedschaftlichen Stellung der Gründer im späteren Verband gegenüberstehe. Ballerstedt ¹¹⁾ sieht den Kernpunkt der "Doppelstellung" in dem Gegensatz zwischen Einzelinteresse und Gemeinschaftsinteresse.

1) Ballerstedt, Kapital, S. 77

2) Ballerstedt, a.a.O., S. 76, 77

3) RGZ 64 (1906), 187 ff (191)

4) Rudolf Fischer, in Ehrenbg. Hdb., S. 76, 77

5) Otto v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 132; ders. Dtsch. Privatrecht, Bd. I, S. 487 Fußnt. 20 und oben S. 48 d. A.

6) Otto v. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 132

7) RGZ 64 (1906), 187 ff (191)

8) Rudolf Fischer, a.a.O., S. 76

9) Auch Ballerstedt, a.a.O., S. 77 nennt diesen Gesichtspunkt und bildet als Gegensatz (Doppelstellung) die persönliche vertragliche Verpflichtung der Gründer.

10) RGZ 64 (a.a.O.) S. 191 und Ballerstedt, a.a.O., S. 77

11) Ballerstedt, Kapital, S. 76, 77 beiläufig

Der bloße Interessengegensatz ist jedoch unabhängig von der Gründung als Kennzeichen für die "Doppelfunktion" ¹⁾ der Stellung des Aktionärs zwischen Gesellschafts- und Privatinteressen zu nennen. Darin liegt eine Aussage so allgemeiner und für jedes Verbandsleben vordergründig typischer Art, daß dieser Hinweis präzisiert werden muß, wenn er eine besondere begriffliche und dogmatische Unterscheidung rechtfertigen soll. Während einerseits die Rechtsstellung aus unterschiedlichen Gründen ein doppeltes Ansehen haben soll, wird aus anderer Sicht nur der Interessengegensatz mit diesem Begriff wiedergegeben. Interessengegensatz und Rechtsstellung soll als verschiedenen Ansatzpunkten für eine Untersuchung hier nachgegangen werden. Es sei deshalb zunächst die Interessenlage untersucht, wie sie sich aus der Sicht der Gründer ergibt.

Eine besondere Kennzeichnung verdient ein Interessengegensatz nur dann, wenn die Rechtsordnung sich darum bemühen muß, in einem Konflikt einen Ausgleich zu schaffen. Dieses Erfordernis wird um so eher entstehen, als eine Seite gute Möglichkeiten hat, ihre Interessen zum Schaden anderer durchzusetzen.

Die Gründer haben diese Möglichkeiten, und zwar besonders deutlich, wenn die "gefährlichen Abreden" der §§ 26,27 betroffen sind. Die reine Bargründung bietet nur selten Gelegenheit, sich durch Schwindel Beitragspflichten zu entziehen oder die Gesellschaft zu schädigen. Allenfalls Zahlungsmittel und Zahlungsmodus lassen sich verbandsschädlich gestalten. Bei Bewertung von Sacheinlagen ²⁾, bei Sondervorteilen und bei Gründungsaufwand ³⁾ treten die Hauptkonfliktsfälle auf. Hier wurde häufig versucht, ein *p r i v a t e s* Interesse gegen das Interesse des *V e r b a n d e s* durchzusetzen ⁴⁾.

1) Flume, Aktienrechtsreform, S. 14; Kronstein-Clausen, a.a.O., S. 20

2) Mestmäcker, JUS 1963, 417 ff (419); Dregger, a.a.O., S. 62

3) Voss, in GmbHRSch 1965, 37 ff (38) für GmbH

4) Teichmann-Koehler, § 19 Anm. 1

Barz ¹⁾ meint, daß Gründungsstadien nicht als besonders gefährlich gelten müssen. Unfähigkeit und Schwindel seien nach Eintragung in gleicher Weise zu besorgen wie vorher. - Diese Auffassung verkennt, daß in der Gründungszeit das Unternehmen "im Kern" ungesund gemacht werden kann. Nicht anders erklärt sich auch die Nichtigkeitsfolge für Vereinbarungen, die nicht in die Satzung aufgenommen sind (§§ 26,27). Eine weitere Möglichkeit der Schädigung läßt sich später bei Kapitalerhöhungen denken. Mehr noch als bei Kapitalerhöhungen sind jedoch bei Gründungen die Gesellschaft und die Aktionäre gefährdet, denn ein laufender Betrieb kann im Geschäftsleben von Aktionären oder Dritten besser beurteilt werden; eine Schädigung kann sich deshalb eher vermeiden lassen.

Von einem anderen Ausgangspunkt her kommt Müller-Erzbach ²⁾ zu der Feststellung, daß bei Sacheinlagen der Gründer kein Fall einer Interessenkollision gegeben sei. Müller-Erzbach begründet seine Ansicht aus der Rechtsnatur der Sacheinlagen, die nach weitaus herrschender Meinung kein gegenseitiger Vertrag, sondern ein Teil des Gesellschaftsvertrages ist ³⁾. Wenn die Sacheinlage nicht als "gegenseitiger Vertrag" ⁴⁾ zu qualifizieren sei, scheide auch ein Interessengegensatz in diesen Fällen aus. Die Rechtsnatur der Sacheinlage soll nicht untersucht werden. Das ist in diesem Zusammenhang entbehrlich; denn nach der rechtlichen Einordnung bestimmen sich die Interessen als Begehrensvorstellungen ⁵⁾ der Beteiligten nicht. Das private Interesse des Gründers legt eine Überbewertung nahe, damit die Einlage eine möglichst große Zahl von Mitgliedsstellen

1) Barz, GmbHRsch 1962, 189 ff (189)

2) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 316

3) BGH, NJW 1966, 1311 ff, (1312 r.Sp.) mit Nachw.; Düringer-Hachenburg-Bing, § 186, Anm. 16; Brodmann, Komm. AktG, § 186 Anm. 4 a; Chrisolli, ZHR 93 (1929), 226 ff (228); Teichmann-Koehler, § 20 Anm. 2; Baumbach-Hueck, Komm.AktG., § 20 Anm. 2 c; Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 3; Sachübernahme nach einhellg. Ansicht-Kauf-Tausch- oder Werkvertrag; vergl. Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 24

4) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 316

5) Westermann, Interessenkollisionen, S. 4

einbringt. Zugleich erfordert das Interesse des Verbandes eine objektiv richtige Bewertung¹⁾. Sie ist auch deshalb notwendig, weil andernfalls dem Grundkapital eine Substanz entzogen werden kann, die für eine Gewinnausschüttung freibleibt²⁾. Damit ist der Grundstein für einen Schaden der AG gelegt. Der Grundsatz der Bilanzwahrheit beim laufenden Unternehmen (§ 40 Abs. 2 HGB) und der Bewertungsgrundsatz des zutreffenden Vermögensausweises sind häufig und nachdrücklich Gegenstand gesetzlicher Vorsorge im Aktienrecht gewesen, wobei man im älteren Recht stets die Gründung als besonders gefährlichen Zeitraum angesprochen hat³⁾. Begehrensvorstellungen des Gründers und Interessen des Verbandes stoßen daher bei Bewertungsfragen besonders hart aufeinander.

Da alle Gründer an der Beschlußfassung über die Satzung beteiligt sind, stimmen sie über die eigene Einlageschuld, über persönliche Vorteile oder über Gründungsaufwand selbst ab. Ihre Entscheidungen könnten nach allgemeinen Grundsätzen⁴⁾ einen Stimmrechtsausschluß des beteiligten Gründers verlangen. Das geltende Recht läßt jedoch an der Stimmberechtigung aller Gründer keinen Zweifel⁵⁾, trifft doch § 136 diese Fälle nicht⁶⁾. Dagegen hatte noch das ADHGB i.d.F. v. 11. Juni 1870⁷⁾ der Interessenlage Rechnung getragen und den beteiligten Gründern in Art. 180 Abs. 2 S. 2 und in Art. 209 b Abs. 3 S. 2 das Stimmrecht bei der EntschlieÙung über die Sacheinlage genommen. Nach Inkrafttreten des HGB war lange Zeit zweifelhaft, ob der Sacheinleger mitstimmen durfte⁸⁾. Die Kollisionslage, hervorgerufen durch entgegengesetzte Interessen, ist auch nach Lösung dieser Streitfrage geblieben.

1) Ballerstedt, Kapital, S. 69 ff weist zutreffend auch auf die Gefahren hin, die ein Unterbewertung mit sich bringen kann.

2) Ballerstedt, a.a.O., S. 77

3) Henzler, Bewertungsgrundsätze, Diss. jur. Hamburg 1966, S. 60

4) Stimmrechtsausschluß bei Interessenkollision vergl. § 34 BGB; Herzfelder, Stimmrecht, S. 11, 99

5) Heute unbestritten

6) Obermüller, Werner, Winden, Erläuterungen, S. 84

7) BGBI. S. 375

8) Dagegen: Behrend, a.a.O., S. 751; a.A.: Ring, a.a.O., S. 109

Doppelinteressen, die sich aus dem Gegensatz zwischen Verbands- und Einzelinteressen ergeben, können deshalb als hervorstechendes Kennzeichen der Gründerstellung gelten.

II. Tripelstellung

Die Interessenkollision, der sich ein Gründer gegenüber sieht, deutet auf eine komplexe Rechtsstellung hin. Diese Rechtsstellung ist genauer zu untersuchen, damit die Gründerpflichten und damit der Rechtsgrund der Haftung deutlich werden.

A. Persönliche vertragliche Verpflichtung

Am meisten ausgeprägt ist das Eigeninteresse der Gründer, wenn sie als persönlich vertraglich Verpflichtete der AG gegenüberstehen. Dieser Fall kann in der Praxis vorkommen bei der Einlage- oder Übernahmeschuld und bei ihren Bewertungen. Wenn die Gründer ihre Beitragsschuld in der Satzung festlegen, gehen sie gleichzeitig in eigenen Namen eine Verpflichtung ein¹⁾. Für Sachübernahmen ist diese Rechtsstellung unproblematisch; denn diese Vereinbarungen stellen Kauf-, Tausch- oder Werkverträge dar²⁾. Für Sacheinlagen ist bestritten, ob Vertragsgrundsätze unmittelbar anzuwenden sind; eine Besonderheit liegt in der notwendigen Verbindung von Sacheinlage und Mitgliedstelle; deshalb hat die Sacheinlage nach heute fast einhelliger Meinung³⁾ als Teil des Gesellschaftsvertrages zu gelten. Diese - hier nicht näher dazulegenden - Gründe sollten es verbieten, die Verpflichtung in den engen Formen des bürgerlichen Rechts zu sehen. Robert Fischer⁴⁾ kennzeichnet die Sacheinlage darum zu Recht als Verpflichtungsvertrag eigener Art.

1) Ballerstedt, Kapital, S. 76, 77

2) S.o.S. 78 d.A., FuBnt. 3; v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 27, Anm. 3

3) S.o.S. 78 d.A., FuBnt. 3 zit. Lit.

4) Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 3

Konfliktsfälle können aber einen Rückgriff auf kaufähnliche¹⁾ (§§ 493, 445 BGB) Grundsätze notwendig machen. Diese nur angedeuteten Streitfragen bestätigen für Sacheinlagen eine Besonderheit, die darin liegt, daß Gründer eine persönliche Verpflichtung im eigenen Namen festlegen. In einem Teil der Geschäfte des Gründungsaktes stehen die Gründer dem Verband deshalb als vertraglich Verpflichtete²⁾ (Dritte) gegenüber.

Das Ergebnis muß jedoch in einer Richtung eingeschränkt werden: Im Falle einer Bargründung wird dieser Teil der Gründerstellung nicht praktisch. - Sachübernahmen haben zudem nicht notwendig einen Gründer als Verpflichteten³⁾.

Die hier skizzierte Rechtsstellung soll deshalb nur e i n e der vollständig aufzuführenden Möglichkeiten andeuten, die bei einer Gründerstellung zusammentreffen können; ein Fall, der zudem von allen Verpflichtungen aus § 46 die häufigste - Schädigung durch Sacheinlagen oder Sachübernahmen - betrifft.

B. Mitgliedschaftliche Pflichtbindung

Als weiteres Kennzeichen der Gründerstellung muß das Mitgliedschaftsverhältnis genannt werden⁴⁾. Zur Vorgesellschaft wird diese Bindung durch Übernahme der Aktien begründet⁵⁾, die nach der Satzung vorgenommen wird. Der Sacheinleger erlangt die Mitgliedschaft zugleich mit dem Einbringungsvertrag⁶⁾. Die Gründer würden bei Satzungsfeststellung und Aktienübernah-

1) Vergl. statt aller mit Nachw.: Crisolli, ZHR 93, (1929), 226 ff (231 ff) und die oben S. 78 d.A. Fußnt. 3 zit. Lit. Neuerdings mit Nachw. BGH, NJW 1966, 1311 ff (1312 r. Sp.); a.A. Schönle, NJW 1965, 2133 ff (2135), der einseitig verpflichtenden Vertrag annimmt.

2) BGH, NJW 1966, 1311 ff (1312); v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 27 Anm. 2, 3

3) Vergl. statt aller: Baumbach-Hueck, § 20 Anm. 3

4) Wohl auch Heymann, Festschr. Karl Wieland, (1934) S. 221 ff (230)

5) S.o.S. 34 d. Arbeit zum Gründerbegriff

6) BGH, NJW 1966, 1311 ff (1312); Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 3

me also allenfalls mitgliedschaftliche Pflichten v o r oder b e i Eingehung dieses Rechtsverhältnisses treffen ¹⁾.

Die Rechtstellung als Mitglied der Vorgesellschaft und der späteren AG wäre typisch, wenn alle Gründer Aktien übernehmen müßten und diese Anteile vor Eintragung nicht veräußern könnten. - Im älteren Recht (§ 182 HGB) waren diese Fragen umstritten ²⁾. Für das AktG 1937 wurde nur noch vereinzelt vertreten ³⁾, daß von mehreren n u r fünf Gründer Aktien zu übernehmen hätten. ⁴⁾ Diese Beschränkung ließ sich aber weder aus § 2 AktG 1937 noch aus § 21 S. 1 AktG 1937 entnehmen ⁴⁾. Wenn "mindestens" fünf Gründer (§ 2 AktG 1937) Aktien übernehmen müßten, sollte der Kreis nach unten hin begrenzt werden. Das Gesetz bemüht sich, die Mitgliedschaft sicherzustellen. Das folgt zwingend aus § 41 Abs. 4 S. 1, nach dem Anteilsrechte nicht vor Eintragung der Gesellschaft übertragen werden dürfen. Der Grundsatz der Kapitalaufbringung führt zur Unkündbarkeit der Mitgliedschaft ⁵⁾. Es müssen also alle Gründer Aktien vollständig ⁶⁾ übernehmen und bis zur Eintragung ⁷⁾ deren Inhaber bleiben. Damit ist sichergestellt, daß alle Gründer Mitglieder der Vorgesellschaft und Mitglieder der AG werden. Der Gesetzgeber hat die für Aktiengesellschaften typische "Versachlichung der Mitgliedstelle" ⁸⁾ durch große Fungibili-

- 1) Diese Pflichten muß das Reichsgericht in der stark kritisierten Entscheidung RGZ 159 (1939), 321 ff, (336) gemeint haben, als es die Gründerpflichten - wenn auch ohne jede Begründung und Erläuterung - als "gesellschaftliche Pflichten" bezeichnet hat. Wegen der Körperschaftsstruktur dieses Verbandes erscheint aber "mitgliedschaftlich" als richtigere Bezeichnung.
- 2) Vgl. Nachw. bei Schlegelberger-Quassowski, § 2 Anm. 3
- 3) So: Grobkomm.-Gadow (1939), § 2 Anm. 6; Ritter, § 2 Anm. 4; v. Godin-Wilhelmi, 2. Auflg., § 2 Anm. 1
- 4) A.A. wie hier weitaus h.Mg.: KG, in KGJ 51 (1919), 128 ff (129); Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 195; Wolany, a.a.O., S. 44; Schlegelberger-Quassowski, § 2 Anm. 3; Baumbach-Hueck, § 2 Anm. 2; Siebel, ZHR, Beiheft 21 (1954), 12 ff (12)
- 5) Würdinger, Aktienrecht, 2. Auflg., S. 43
- 6) So nunmehr ausdrücklich; v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg. § 2 Anm. 1
- 7) Janberg, GmbHRSch 1952, 133 ff (133)
- 8) Würdinger, Einmannsgesellschaft, S. 343; ders. Aktienrecht, 2. Auflg., S. 7

tät im Gründungsstadium nicht durchgeführt, was für die Pflichtgebote nicht unbedeutend sein wird; denn es wurde bewußt einer Mehrheit von Personen im Gründungsablauf Funktionen auferlegt, so daß der Kreis der Verantwortlichen überschaubar ist.

C. Organähnliche Pflichtbindung

Gründer haben nach verbreiteter Auffassung eine Organstellung¹⁾, die nach dieser Untersuchung als dritte Funktion in Betracht kommt, in der Gründer auftreten.

Die Frage, ob Gründer einer AG zugleich ihre Organe sein können, führt in die Problematik zum Verhältnis von Vorgesellschaft und AG. - Von vornherein gegen eine Organstellung spricht die Meinung, daß Gründer eine Sacheinlage durch Vertrag zugunsten der AG (§ 328 BGB) einbringen²⁾.

Von den Ausgangspunkten dieser Arbeit³⁾ betrachtet, scheiden solche Versuche aus. Die Vorschriften der §§ 333, 335 BGB sind auf Sacheinlagen nicht anwendbar⁴⁾. Das Gesetz geht in §§ 26, 27 davon aus - und das muß für den gesamten Satzungsinhalt gelten - daß die Gründer die "Rechtsmacht"⁵⁾ haben, Rechte und Pflichten mit Wirkung für und gegen die AG festzusetzen. Darin liegt zugleich eine der Begründungen für die Identitätstheorie. Der Satzungsinhalt wird nämlich ohne neuen

1) RGZ 64 (1906), 187 ff (191); RG, in JW 1903, 342; Karl Lehmann, I, a.a.O., S. 320, 323, 357; Makower, a.a.O., § 182 HGB Anm. 2; Goldschmidt, a.a.O., § 187 HGB Anm. 2; Homberger, a.a.O., S. 27; Rudolf Fischer, in Ehrenberg.Hdb., S. 76, 94, 110 ff, 125; Karl Wieland, a.a.O., Bd. II, S. 74, Dernburg, a.a.O., S. 234; Müller-Erzbach, Irg. Jahrb. 83, 257ff (279); Staub, § 9 GmbHG, Anm. 28; Hans J. Wolff, Vertretung, S. 295; Ballerstedt, Kapital, S. 77; Staub-Pinner, § 200 HGB Anm. 14; Mann, a.a.O., S. 44; Bayer, a.a.O., S. 117; weitere Nachweise der ausländ. Lit. bei Mann, a.a.O., S. 45 Fußn. 93; a.A.: Diederich, a.a.O., S. 33; Brodmann, § 182 HGB Anm. 2, weitere Nachw. Homberger, a.a.O., S. 11

2) Brodmann, Komm.AktG § 182 HGB Anm. 2

3) S.o.S. 68 ff d. Arbeit

4) Mann, a.a.O., S. 44 Anm. 92

5) Die rechtl. Qualifikation dieser "Rechtsmacht", steht noch aus. Hier gebraucht i.S. von Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., § 71; Kohler, a.a.O., S. 332.

Verpflichtungsakt und ohne Übernahme für die AG wirksam ¹⁾.

Diese Besonderheit hat zu einer Fülle von Bezeichnungen für die Gründer geführt, die einige Autoren in dem Begriff "Organ" zusammenfassen, ohne näher zu begründen ²⁾.

In diesem Zusammenhang scheiden Begriffsschöpfungen aus, die einen genaueren Bezug auf juristisch kennzeichnende Rechtsstellungen vermissen lassen: Die Gründer werden u.a. bezeichnet als "Seele des Verfahrens" ³⁾, "Träger des Verfahrens" ⁴⁾, "Träger der Vereinsmacht" ⁵⁾, "Träger eines begründenden Gestaltungsrechts" ⁶⁾, "Funktionäre der Gesellschaft" ⁷⁾, "Mandatare" ⁸⁾. - In anderem Zusammenhang wurde die Annahme einer "Amtswaltereigenschaft" der Gründer ⁹⁾ schon abgelehnt.

Soweit die Organstellung erwähnt wird, nennt man die Gründer entweder ohne nähere Differenzierung "Organe der Gesellschaft" ¹¹⁾ oder "Organe der Vorgesellschaft" ¹²⁾. Julius v. Gierke ¹²⁾ und Rudolf Fischer ¹³⁾ schreiben ihnen nur "organähnliche" Befugnisse zu. Wenn die Gründerstellung nur auf die Vorgesellschaft bezogen wird, bietet sich die Bezeichnung "organähnlich" schon deswegen an, weil der Zusammenschluß nicht

-
- 1) Vergl. zu dieser Konsequenz aus der Identitätstheorie statt aller: Großkomm.-Fischer, § 34, Anm. 7, 8; BGH NJW 1966, 1311 ff (1312)
 - 2) Gründe bei: Homberger, a.a.O., S. 27; Mann, a.a.O., S. 44, 45; Bayer, a.a.O., S. 117 ff
 - 3) Apelt, Diss. jur. Greifswald 1919, S. 59
 - 4) Teichmann-Koehler, § 2 Anm. 5
 - 5) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 95
 - 6) v. Tuhr, Allgemeine Lehren, S. 164
 - 7) Apelt, a.a.O., S. 54
 - 8) Hans J. Wolff, Vertretung, S. 295 Fußnt. 3 unter Hinweis auf ital. Lit.
 - 9) v. Godin-Wilhelmi, 2. Auflg. vor § 39 - 44 Anm. 2; S. 17 ff d. A.
 - 10) Alle, oben S. 83 Fußnt. 1 mit Ausnahme der hier Fußnt. 11 zitierten Lit.
 - 11) Staub, § 9 GmbHG Anm. 28; Ballerstedt, Kapital, S. 77; Müller-Erzbach, Irg. Jahrb. 83, 257 ff (279); Bayer, a.a.O., S. 121 ff
 - 12) Julius v. Gierke, Handelsrecht, 4. Auflg., S. 301
 - 13) Rudolf Fischer, Ehrenbg. Hdb., III. Bd., (1916), S. 76

rechtsfähig ist ¹⁾. Von der Grundlage dieser Arbeit aus entfällt aber eine solche Unterscheidung zwischen Pflichtgeboten gegenüber Vorgesellschaft und AG ²⁾.

In den Begründungen für eine Organstellung wird gleichwohl eine Unterscheidung zwischen Vorgesellschaft und AG vorgenommen. Bayer ³⁾ verweist auf die Mitgliederversammlung eines Vereins ⁴⁾ und kommt von daher auf die Parallele zur Gründerversammlung der Vorgesellschaft. Soweit die Beteiligten in ihrer Gesamtheit Beschlüsse fassen, sollen sie neben Vorstand und Aufsichtsrat als Organe der Vorgesellschaft zu gelten haben. - Bei einem Verein finden organschaftliche Rechte der Mitglieder ihren Ausdruck im Stimmrecht ⁵⁾. In dieser Funktion kommen den Gründern also mindestens organähnliche Befugnisse zu. Für unseren Zusammenhang würde bei dieser Konstruktion aber übersehen, daß bei den meisten Tatbeständen des § 46 ein mitgliedschaftliches Band, auf dessen Grundlage ein Stimmrecht auszuüben wäre, noch nicht gegeben ist. Wenn falsche Angaben (§ 46 Abs. 1) betroffen sind, brauchen die Gründer - ebenso wie bei Einzahlung auf eine ungeeignete Stelle - außerdem nicht in dieser mitgliedschaftlichen Funktion, wie sie Bayer versteht ⁶⁾, tätig zu werden. § 36, der sämtliche Gründer neben Vorstand und Aufsichtsrat zur Anmeldung verpflichtet, sollte als Argument nicht angeführt werden, da § 46 Abs. 1 alle Angaben "zum Zwecke der Gründung" betrifft, nicht nur Angaben bei der Anmeldung.

1) Hans J. Wolff, Vertretung, S. 298 allgemein, weil es an einem rechtsfähigen Verband fehle, der "Zurechnungspunkt für Organwalterhandeln" (S. 297) sein könne.

2) S. o. S. 68 ff d.A.

3) Bayer, a.a.O., S. 117

4) Zur Organstellung einer Mitgliederversammlung vergl.: Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., I. Bd., S. 665

5) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 674; Robert Fischer, NJW 1954, 777 ff (779); Würdinger, Aktienrecht, 2. Auflg., S. 46 nennt das: "Mitgliedschaftliche Verwaltungsrechte."

6) S.o.S. 85 d.A., Fußnt. 3

Nach Mann ¹⁾ spricht für die Organstellung der Gründer ihr genau umrissener Aufgabenkreis. Dagegen hält Mestmäcker ²⁾ für ein wichtiges Kennzeichen eines Organs, daß es keinen festen Kreis von Aufgaben habe. Schließlich führt Brodmann ³⁾ die zeitliche Begrenzung der Gründertätigkeit bis zur Eintragung an und lehnt aus diesem Grunde ihre Organeigenschaft ab. Die zeitliche Begrenzung bleibt aber als Kriterium unbrauchbar, weil sie die Frage ungeklärt läßt, ob die Gründer b i s zur Eintragung Organe sein können ⁴⁾. Umfang und Grenzen des Aufgabenkreises erscheinen nicht geeignet, die Rechtsstellung abschließend zu charakterisieren. Das Gesetz schreibt den Gründern zwar notwendige Rechtshandlungen bis zur Eintragung vor ⁵⁾, andererseits braucht sich ihre Tätigkeit aber nicht darin zu erschöpfen, soweit keine Kollision mit dem Aufgabengebiet von Vorstand und Aufsichtsrat im Gründungsstadium eintritt ⁶⁾.

Schwerer wiegt deshalb das Argument, den Gründern komme eine gesetzliche Vertretungsmacht zu ⁷⁾. Das folgt aus der unmittelbaren Geltung von satzungsmäßigen Rechten und Pflichten ⁸⁾ sowie daraus, daß die Gründer wenigstens den Umständen nach (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB) im fremden Namen auftreten ⁹⁾, wenn sie Rechte und Pflichten der AG aufstellen. Die in der Satzung aufgenommenen Rechte und Pflichten bedürfen keiner Bestätigung durch Organe der Vorgesellschaft oder der späteren

1) Mann, a.a.O., S. 45

2) Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 4 in anderem Zusammenhang.

3) Brodmann, § 182 HGB Anm. 2

4) Mann, a.a.O., S. 45

5) Mann, a.a.O., S. 45 erwähnt nur diese.

6) A.A. nur Rudolf Fischer, a.a.O., S. 115; wie hier mit Nachw. Bayer, a.a.O., S. 103, 120

7) Mann, a.a.O., S. 44, 45; Ballerstedt, Kapital, S. 77; Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 404 ff (419); ebenso ist auch die "Machtbefugnis" zu verstehen bei v. Tuhr I, a.a.O., S. 164, 165 und bei Mann, a.a.O., S. 44; für GmbH: BGH, NJW 1966, 1311 ff (1311, 1. Lts., 1312)

8) s.o.S. 73 f.d.A.

9) Mann, a.a.O., S. 45

AG. Sacheinlage, Sachübernahme, Sondervorteil und Gründungsaufwand werden zwingend und abschließend (§ 27 Abs. 2 S. 1, § 26 Abs. 3 S. 1) von den Gründern festgelegt. Alle diese gefährlichen Abreden werden mithin durch den "Gründungsakt" ¹⁾ wirksam.

Dieser Teil der durch **V e r t r e t u n g s m a c h t** vermittelten Rechte und Pflichten der AG könnte für eine Organisation der Gründer angeführt werden.

Eine gesetzliche Vertretungsmacht erschwert indessen die Abgrenzung zur Organschaft ²⁾. Eine Unterscheidung läßt sich deshalb nur bei klarer begrifflicher Trennung erfassen. Trotz möglicher Gemeinsamkeiten von Stellvertretung und Organschaft ³⁾ dürfen diese Begriffe nicht synonym verwendet werden; mindestens der Rechtsgrund für die Vertretungsbefugnis ist unterschiedlich. Die Besonderheit der Vertretungsmacht eines Organs besteht darin, daß sie sich aus der Organisation ableitet ⁴⁾. Die Gründer wollen die Organisation erst schaffen. Hauptbeispiele - gefährliche Abreden der §§ 26, 27 -, die für die gesetzliche Vertretungsmacht angeführt werden, gehören zum notwendigen Satzungsinhalt ⁵⁾ und sind damit Entstehungsvoraussetzung für eine AG.

Es kann unerörtert bleiben, ob die Privatautonomie die Grundlage ⁶⁾ bildet für eine Befugnis, neue Rechtssubjekte in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu schaffen; jedenfalls gibt es keine **O r g a n i s a t i o n**, aus der die Gründer ihre Rechtsstellung ableiten könnten ⁷⁾.

1) BGH, NJW 1966, 1311 ff (1312) für Sacheinlage bei GmbH

2) Hans J. Wolff, Vertretung, S. 299

3) Hauke, Rechtsfähigkeit, S. 90

4) Hans J. Wolff, Vertretung, S. 295

5) Statt aller: Baumbach-Hueck, Komm.AktG, § 16 Anm. 4

6) So: Goedeler-Ulmer, AG 1963, 292 ff (297; a.A.: 2. Kommission des 44. Dtsch. Juristentages nach Ballerstedt, Gutachten, S. 9; Müller, Diss. jur. Hamburg 1964, S. 99

7) So auch Wolff, Verwaltungsrecht Bd. II, § 74, I f 1, S. 35, wenn er als Organe "organisationsrechtlich geschaffene Subjekte von Wahrnehmungszuständigkeiten" bezeichnet.

Aus der Organstellung folgt zwar die Rechtsmacht, objektive Normen zu erzeugen ¹⁾, sie fordert aber gerade die Organisation als Grundlage; denn nur sie ermöglicht eine Betätigung des Verbandes ²⁾, die durch Organe vorgenommen wird.

Es ist deshalb nicht zutreffend, wenn Wolff ³⁾ den Streit um die Priorität zwischen Organschaft und juristischer Person als einen Streit um "Huhn und Ei" ⁴⁾ bezeichnet. Die Unterschiede, die sich zur Ableitung der Vertretungsmacht ergeben, sollten im Interesse einer genaueren begrifflichen Trennung Organe nur einem bestehendem Verband zurechnen.

Die begriffliche Unterscheidung dient hier nur dazu, den S o n d e r s t a t u s der Gründer hervorzuheben. Die Gemeinsamkeiten mit einer Organstellung erklären andererseits, daß hinsichtlich der Pflichtlage gleiche Anforderungen gestellt werden müssen. Trotz unterschiedlicher Ableitung der Vertretungsmacht ist die "Machtbefugnis" der Gründer der Befugnis von Organen sehr ähnlich. Die Möglichkeit, auf fremde Interessen einzuwirken, ergibt sich für Organe wie für Gründer. Wenn auch die Gründer in einer Funktion im eigenen Namen tätig werden ⁵⁾, nehmen sie zugleich die Interessen des Verbandes und anderer beteiligter Interessenträger wahr.

Die Machtlage zwingt also dazu, eine v r g a n ä h n l i c h e Stellung der Gründer anzunehmen ⁶⁾. Das bei normalen vertraglichen Beziehungen kennzeichnende "Handeln für sich selbst" ⁷⁾ wird in dieser wie bei mitgliedschaftlicher Funktion gleichzeitig zu einem "Handeln für andere", das im Normalfall eine gesetzliche Pflichtbindung nach sich zieht ⁸⁾.

1) Wolff, Vertretung, S. 296; Hauke, a.a.O., S. 91

2) Larenz, Ihrg. Jahrb. 83 (1933), 108 ff (142)

3) Wolff, Vertretung, S. 295, Fußnt. 2 u. 3

4) Wolff, Vertretung, S. 295, Fußnt. 3

5) S.O.S. 80 d.A.

6) Wie hier, ohne Begründung: Julius v. Gierke, Handelsrecht, 4. Auflg., S. 301

7) Flume, Rechtsgeschäft, S. 7

8) Flume, Rechtsgeschäft, S. 9 für anderen Zusammenhang

III. Teilergebnis

Die Interessenlage wird von einer Kollision zwischen eigenen und Verbandsinteressen gekennzeichnet. Dem entspricht eine komplexe Rechtsstellung - von persönlicher vertraglicher Verpflichtung auf der einen (Eigeninteresse) und mitgliedschaftlicher und organähnlicher Rechtsstellung (Verbandsinteresse) auf der anderen Seite -, die man " T r i p e l s t e l - l u n g " nennen kann.

Man kann versuchen, die Tatbestände von § 46 als Verstoß gegen Gebote aus mitgliedschaftlicher oder organähnlicher Bindung zu sehen. Soweit die persönliche vertragliche Verpflichtung der Gründer betroffen ist, hatte der Gesetzgeber keinen Grund, eine Sonderhaftung gegenüber der allgemeinen Haftung nach bürgerlichem Recht zu schaffen. Erst weil daneben die Stellung als Verbandsmitglied und die ausgeübten organähnlichen Befugnisse hinzukommen, zwingt möglicherweise eine Pflicht zu sorgfältiger Bewertung einer Einlage und dazu, Schädigungen der Gesellschaft zu vermeiden. Das bestätigt § 46 Abs. 3, der auch andere Gründer neben den (vertraglich verpflichteten) Inferenten haftbar sein läßt, sofern sie einer ungeeigneten Einlage pflichtwidrig zustimmen.

Hier ist hervorzuheben, daß alle Pflichtwidrigkeiten, die mit Satzungsfeststellung oder Bewertungserklärungen zusammenhängen, einer organähnlichen Bindung widersprechen, andere Verstöße (falsche Angaben, falsche Einzahlungsstelle, falscher Zahlungsmodus) aber den mitgliedschaftlichen Anforderungen entgegenstehen können.

Die Rechtsstellung der Gründer ähnelt der von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH oder der von Organen einer AG, wenn diese selbst erhebliche Anteile besitzen.

§ 10 Treupflichten

I. Bezeichnung

Der Sonderstatus von Gründern legt nahe, ihre Pflichten gegenüber normalen mitgliedschaftlichen und Organrechtsstellungen schon in der Bezeichnung abzuheben.

Heymann ¹⁾ nannte für einen Einzelfall die Förderungspflicht von Gründern einer Gesellschaft "mitgliedschaftliche Sonderpflicht". Dieser Begriff - für Aktionäre und Organe allgemein durch die Bezeichnung Treupflicht ²⁾ ersetzt - läßt sich für Gründer nicht verwenden. Sonderrechte ³⁾ und Sonderpflichten ⁴⁾ gelten als gebräuchliche juristische Begriffe für satzungsmäßig festgelegte Bevorrechtigungen oder Beschränkungen einzelner Mitglieder. Es sollte zunächst versucht werden, die Aufgaben der Gründer an der T r e u p f l i c h t zu messen, und zwar daraufhin, ob die Tatbestände von § 46 sich als Verstoß gegen solche Pflichten erklären lassen.

II. Dogmatik der Treupflichten

Organe einer Kapitalgesellschaft trifft nach verbreiteter Ansicht ⁵⁾ eine Treupflicht gegenüber dem Verband ⁶⁾. Auch im Recht der GmbH wird das Handeln der geschäftsführenden Gesellschafter an dieser Pflicht gemessen ⁷⁾. Selbst die Haftung der "vorläufigen Organe" der Gründergesellschaft im § 48

1) Heymann, Festschrift für Karl Wieland (1934), 221 ff (229, 230)

2) Aus der Fülle der Lit. vergl. statt aller: Staudinger-Weber, A 256 ff; Hubmann, Diss. jur., a.a.O., S. 34 ff; Fechner, Treubingungen, grundlegend

3) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 675 (§ 35 BGB); Würdinger, Aktienrecht, 2. Auflg., S. 48

4) v. Tuhr, a.a.O., S. 549, Anm. 43, S. 481 Anm. 19; v. Godin-Wilhelmi, (2. Auflg.), § 49 Anm. 12

5) Baumbach-Hueck, § 70 Anm. 3; Großkomm.-Schilling, § 84 Anm. 11; Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 214; zahlreiche Nachw. bei v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 93 Anm. 3, 4; Fehrensens, Diss. jur. Göttingen 1965, S. 71 ff

6) Vgl. auch für Konzerne §§ 309, 310

7) BGH, NJW 1960, 91 ff (91); BGH, WM 1964, 1321 f (1321); Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 30, 35; ders., JZ 1956, 61 f (61)

geht auf Verstöße gegen diese Gebote zurück ¹⁾. Die komplexe Rechtsstellung der Gründer, wie sie hier angenommen wurde, verbietet es aber, ohne nähere Prüfung auf die Pflichtgebote bei Organen zu verweisen. Es muß im einzelnen aufgezeigt werden, daß die Voraussetzungen einer Treupflicht in den Tatbeständen von § 46 erfüllt sind. Soweit mitgliedschaftliche Gründerpflichten in Betracht kommen, ist zu der umstrittenen Treupflicht von Aktionären Stellung zu nehmen.

Fechner ²⁾ ist der Auffassung, daß eine juristische Person nicht Zurechnungspunkt für eine Treupflicht sein könne. Diese entspringe hauptsächlich aus der personenrechtlichen Verbundenheit ³⁾; deshalb bleibe der Bezug auf eine juristische Person zu abstrakt. - Dagegen hat sich vor allem Alfred Hueck ⁴⁾ gewandt. Treupflichten bestünden der Gemeinschaft gegenüber, deren Anspruchsträger die juristische Person darstelle. Die juristische Person selbst ist zu Treupflichten verschiedenster Art ⁵⁾ verpflichtet ⁶⁾; daraus läßt sich im Gegenschluß entnehmen, daß sie auch Berechtigte solcher Verpflichtungen sein kann.

Es wird darauf ankommen, den Inhalt und Umfang der Treupflichten im Hinblick auf § 46 näher zu bestimmen; denn Eigentümer- und Unternehmerfunktion sind mit Erwerb der Mitgliedschaft im Normalfall getrennt. Der Aktionär eines solchen "Geschäftsführerbetriebes" ⁷⁾ hat nur die Möglichkeit, über sein Stimmrecht den Kurs des Unternehmens zu bestimmen. Die Entpersönlichung ⁸⁾ der Beziehungen bei fungibler Mitgliedschaft ist damit soweit fortgeschritten, daß Verpflichtungen nur aus besonderem Anlaß

1) Wolany, AG 1966, 118 ff (122)

2) Fechner, Treubindungen, S. 24 ff

3) Fechner, a.a.O., S. 35

4) Hueck, Treugedanke, S. 13, 14 u.a.

5) Z. B. aus einem Arbeitsverhältnis

6) Hubmann, Diss. jur., a.a.O., S. 60 mit Nachw.

7) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, 4. Aufl. S. 371 für Auseinanderfallen von Geschäftsführungs- und Anteilsfunktion. Der Begriff kann nur "praktisch betriebspolitisch" (Gutenberg, a.a.O., S. 373) verstanden werden.

8) Hubmann, Diss. jur., a.a.O., S. 58; Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 318

entstehen, wenn der einzelne Aktionär seine Organschafts- oder Mitverwaltungsrechte in der Hauptversammlung wahrnimmt¹⁾. Eigentümer- und Geschäftsführungsfunktion treffen in diesen Fällen zusammen²⁾. Die überwiegende Meinung lehnt deshalb mit Recht eine allgemeine Treupflicht der Aktionäre ab³⁾.

Die Treupflicht setzt nur bei besonderer Interessenlage ein⁴⁾. Deshalb sind Rechtsgrund und Voraussetzungen dieser Pflichten genauer zu untersuchen, damit die Tatbestände in § 46 an ihnen gemessen werden können.

III. Rechtsgrund der Treupflichten

Die Auseinandersetzung um den Rechtsgrund der Treupflicht wird gelegentlich als ein terminologischer Streit bezeichnet.⁵⁾ Es scheint aber geboten, den Rechtsgrund genau zu bestimmen, weil anders die Grenzen dieser Pflichten leicht verwischt werden. Man sieht den Rechtsgrund der Treupflichten zum Teil in einem selbständigen Schuldverhältnis, dessen einziger Leistungsgegenstand die Treue sei⁶⁾. Da § 242 BGB nur den Leistungsmodus bestimme, müsse das Treuverhalten davon unabhängig geschuldet sein. Schließlich wird angeführt, die Verpflichtung, Interessen des Verbandes über das Einzelinteresse zu stellen, sei eine "Folgerung aus der Rechtspersönlichkeit"⁷⁾ und habe mit Treue nichts gemein.

Diese Gründe haben zu der Meinung geführt, die Treupflicht könne § 242 BGB nicht entnommen werden⁸⁾. Diese Vorschrift

1) Hueck, Treuegedanke, S. 15; BGHZ 14 (1954), 25 ff (38)

2) Gutenberg, a.a.O., S. 372

3) M.Nachw.; Hueck, Treuegedanke, S. 14; Hubmann, a.a.O., S. 123; Staudinger-Weber, A 255 ff; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 1 Anm. 3

4) Hueck, a.a.O., S. 15

5) Zöllner, a.a.O., S. 336

6) Bergmann, ZHR 105 (1938), 1 ff (11)

7) v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 1 Anm. 3

8) Nachw. bei Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 214 Anm. 296; von Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 1 Anm. 3

ist jedoch allgemeiner Rechtsgrundsatz, der bestehende Schuldverhältnisse in ihrem Umfang bestimmt und im Einzelfall auch selbständige Verpflichtungen ¹⁾ begründet. Im Rahmen organähnlicher oder mitgliedschaftlicher Beziehung ist die Treupflicht deshalb nur eine besondere Konkretisierung von § 242 BGB ²⁾. - Die Rechtsgrundlage sollte nicht ausschließlich in der "Verfüugungsmacht über eine personenrechtliche Ordnung" ³⁾ gesehen werden. Daraus ist allenfalls zu entnehmen, daß nicht ein Vertrauensprinzip allein die Treupflichten zu erklären vermag ⁴⁾. Die für diesen Grundsatz typische Unsicherheit bei seiner inhaltlichen Bestimmung zwingt zur Suche nach festen Kriterien, von denen die "Verfüugungsmacht" eines sein kann. Die Rechtsgrundlage für die Treupflichten bleibt dennoch § 242 BGB ⁵⁾, da Machtbefugnis und Vertrauensstellung nach den Voraussetzungen dieser Vorschrift eine Pflichtigkeit mit sich bringen.

IV. Voraussetzungen und Inhalt der Gründertreupflichten

A. Interessenkollisionen

Ein Treuverhalten scheint besonders in Spannungsfeldern widerstreitender Interessen geboten. Die Treupflichten sind deshalb besonders ausgeprägt, wenn Einzelinteresse und Gemeinschaftsinteresse aufeinanderstoßen ⁶⁾. Diese Interessenlage

1) Vergl. die Problematik der sog. selbständigen Nebenleistungspflichten; Esser, a.a.O., § 32, S. 102 - 104

2) Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 105

3) Mestmäcker, a.a.O., S. 214 unter Berufung auf Fechner, a.a.O., S. 77

4) Knöpfel, a.a.O., S. 55

5) So auch Dorpalen, ZHR 102 (1936), S. 3 ff (14,17); Lehmann, Heinrich, Gesellschaftsrecht (1949), S. 222; Hubmann, Diss. jur., a.a.O., S. 41; Knöpfel, a.a.O., S. 25

6) Allgem. Ansicht: Vergl. BGH 13 (1954), 188 ff (192); Löhlein, JR 1950, 497 ff (497); Kühlewein NJW 1954, 621 ff (621, 622)

ist bei den Gründern gegeben ¹⁾. Zugleich muß aber betont werden, daß der bloße Interessengegensatz nicht ausreicht; denn es läßt sich nicht der allgemeine Grundsatz aufstellen, daß ein privates Interesse in allen Fällen zweitrangig sein müsse gegenüber den Interessen des Verbandes ²⁾. Das Wohl der Gemeinschaft geht nur dann vor, wenn aus besonderen Gründen das Einzelinteresse einzuschränken ist ³⁾. Die für Aktionäre fungible Mitgliedschaft ⁴⁾ stellt eine persönliche Interessenpolitik in den Vordergrund. Das entspricht dem Wesen einer Kapitalgesellschaft wie der AG und kann besondere Pflichten aus § 242 BGB nicht hervorrufen. Da jedoch die Mitgliedschaft der Gründer gerade nicht beliebig wechseln kann ⁵⁾, ist ein erster Hinweis auf verstärkte Pflichtgebote gewonnen. Die Grenze zur Wahrnehmung berechtigter Eigeninteressen sollte durch weitere Kriterien bestimmt werden.

B. Machtlage und Gefahrenlage

Treupflichten setzen ein, wenn der Interessengegensatz durch die Machtlage ⁶⁾ eines Interessenträgers einen Ausgleich erfahren muß. Hierzu wird vereinzelt angenommen, daß auch Aktionäre einer Treupflicht unterworfen sind, wenn sie "faktisch Organfunktionen" ⁷⁾ wahrnehmen. Dieser Auffassung steht bei Stimmrechtsgebrauch § 117 Abs. 7 Nr. 1 entgegen. Die Abgrenzung einer "faktischen Organfunktion" ist im übrigen notwendig unsicher. Während etwa bei Einflußnahmen beherrschender Großaktionäre deren so begründete Treupflicht immer nur aus den tatsächlichen Gegebenheiten eines Einzelfalles folgt, kann man für die Gründer eine den Organen recht ähnliche Stellung anführen.

1) S. o. S. 76 ff d.A.

2) So aber Knöpfel, a.a.O., S. 135, 136 für Gesellschafter einer GmbH

3) Hubmann, AcP 155 (1956), 85 ff (108)

4) S.o.S. 91 d.A.

5) S.o.S. 24 d.A.

6) Engisch, Einführung, S. 186; Bergmann, ZHR 105, S. 1 ff; Würdinger, Aktienrecht, 2. Aufl., S. 50

7) Fehrensens, Diss. jur. Göttingen 1965, S. 92, 97, 148

Den Gründern kommt eine gefährliche Rechtsmacht zu, den werdenden Verband mit Kapital auszustatten und ihn dabei durch falsche Angaben und andere in § 46 genannte Pflichtwidrigkeiten zu schädigen; denn die Gründer haben eine "Einigungsge-
walt" über jede Organzuständigkeit hinweg ¹⁾, die sie erst schaffen ²⁾.

Hubmann ³⁾ wendet sich gegen einen Nexus von Machtlage und Treupflicht, weil es für diese ausschließlich auf die Inanspruchnahme von Vertrauen ankomme. Die Trennung ist nicht gerechtfertigt. Ohne die Möglichkeit des Einwirkens würden Pflichtwidrigkeiten in der Praxis nicht vorkommen. Eine verstärkte Treupflicht entspricht dem allgemeinen Haftungsprinzip, daß die Pflichten mit der "Initiative" ⁴⁾ wachsen. Zudem entsteht eine Gefahrennähe ⁵⁾, wo die Macht gegeben ist, eine Organisation in Bewegung zu setzen. An die Errichtung der Organisation sind deshalb gleiche Pflichtanforderungen zu stellen wie an die spätere Verwaltung.

Organähnliche Pflichten und die besondere Möglichkeit, den Verband in mitgliedschaftlicher Stellung zu schädigen, schaffen eine Gefahrenlage schon deshalb, weil Eigentums- und (organähnliche) Geschäftsführungsfunktion eine Machtkonzentration bewirken ⁶⁾, die durch ausgeprägte Eigeninteressen verschärft wird. Bei Zusammentreffen dieser Funktionen gibt es nur noch ein "Zentrum betriebswirtschaftlicher Willensbildung" ⁷⁾. Die gegenseitige Kontrolle ⁸⁾ verschiedener Träger von Organgewalt fehlt, weil Organe der Vorgesellschaft mindestens zu Beginn (Satzungsfeststellung) der Gründertätigkeit noch nicht bestimmt und tätig sind ⁹⁾. Nur eine staat-

1) Begriff bei Bärmann, a.a.O., S. 21; vgl. oben S. 84 d.A.

2) Riedel, Rabe, NJW 1966, 1004 ff (1006)

3) Hubmann, Diss. jur., a.a.O., S. 100

4) Reinhardt, Festschr. für Nipperdey (1955), 235 ff (236) "Initiative und Verantwortung"; ähnlich: Lehmann, Heinrich, Gesellschaftsrecht, S. 333; Wolany, AG 1966, 148 ff (152) und Raisch, JZ 1966, 549 ff (556)

5) Ausdruck bei Hubmann, AcP 155 (1956), 85 ff (112)

6) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, S. 480 f

7) Gutenberg, a.a.O., S. 472

8) Zur Kontrollfunktion der Organe: Großkomm.-Schmidt-Meyer-Landrut, Vorbem. § 70; Bärmann, a.a.O., S. 21

9) Vgl. nunmehr § 31 für Aufsichtsratsbestellung bei Unternehmenseinbringung; dazu: Brox, AG 1966, 347 ff

liche Legalitätskontrolle findet statt.

Man kann für diese aus § 242 BGB abzuleitenden Pflichten auch einen Unterschied zwischen Gesellschaften bürgerlichen Rechts und körperschaftlich strukturierten Verbänden anführen. Feine¹⁾ und Wieland²⁾ wiesen zutreffend auf die andersartige Form der Organschaft hin: Selbstorganschaft bei der Gesellschaft und Drittorganschaft bei der Körperschaft. Durch die Einschaltung "neutraler" Verwalter (Organe) ist der Verein im Normalfall weniger auf die Treue seiner Mitglieder angewiesen³⁾ als die Gesellschaft, denn die Verwaltung handelt, während Aktionäre nur "Betroffene" sind⁴⁾. Die Gründung selbst ist jedoch eine "Nahtstelle" dieses Unterschiedes. Eine Organisation, die für das Wohl des Verbandes sorgen könnte, gibt es bei den schadensstiftenden Handlungen nämlich noch nicht; mindestens vermag sie noch nicht wie später egoistischem Eigennutz vorzubeugen. Der werdende Verband ist deshalb auf die Lauterkeit seiner Gründer in ähnlicher Weise angewiesen wie Vereinigungsformen mit Selbstorganschaft, für die besonders ausgeprägte Treupflichten der Gesellschafter gelten.

So groß der Wert energischer, zielbewußter Persönlichkeiten bei Organen und Gründern auch ist, liegt in diesen Eigenschaften zugleich die Gefahr, daß die Interessen des Ganzen zugunsten eigener Vorstellungen und Interessen nicht hinreichend berücksichtigt werden⁵⁾. Was Mestmäcker⁶⁾ schon für eine allgemeine Treubindung der Aktionäre ausreichen läßt - eine Einwirkungsmöglichkeit auf das Unternehmen - "verdichtet" sich im Falle der Gründung; anders als bei laufendem Betrieb

1) Bei Feine, a.a.O., S. 38 als Hauptunterschied genannt.

2) Karl Wieland, a.a.O., I. Bd., S. 474

3) Vgl. dazu Eichler, Vertrauen, S. 12 ff, der ein "Angewiesensein" auf das Treuverhalten eines Teils als ein Hauptkriterium für ausgeprägte Pflichten aus § 242 BGB bezeichnet.

4) Suhr, Aktieneigentum, S. 97

5) Gutenberg, a.a.O., S. 136, 480 f

6) Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 348, darin Fechner, a.a.O., 39 ff, 52 ff folgend.

ist die Möglichkeit, Vorteile zum Schaden des Verbandes zu erzielen, nie so groß wie bei Gründung eines Unternehmens. Das bewiesen die Geschichte der Aktiengesellschaften ¹⁾, eine rechtliche Würdigung der Gründerinteressen und die Machtlage der Gründer.

Das englische Recht ²⁾ kennt Treupflichten der Verwaltung und in Ausnahmefällen auch der Aktionäre, wenn diese bei Satzungsänderung oder bei sonstigen Gelegenheiten großer Einflußnahme die Interessen des Verbandes wahren müssen. Dazu zählt auch die "Verpflichtung aus der Gründung zu billigem Verhalten gegenüber der Gesellschaft" ³⁾.

Die Mitglieder eines Verbandes müssen also bei dessen Gründung die gemeinsamen Belange in den Vordergrund stellen ⁴⁾. Das Interesse der künftigen AG, die Gestaltung ihrer wirtschaftlichen Grundlage, geht deshalb den Privatinteressen vor. Eine schuldhaftige Schädigung der Gesellschaft, wie sie für a l l e ⁵⁾ Fälle von § 46 Abs. 1 - 4 kennzeichnend ist, kann also einen Vorstoß gegen Treupflichten aus § 242 BGB bedeuten.

C. Zweckförderungspflicht

Die Machtlage ist jedoch nur ein Kriterium, Gründerpflichten ihrem Inhalt nach zu begrenzen und mit § 46 in Verbindung zu bringen ⁶⁾.

Küster ⁷⁾ hat den Versuch unternommen, die Treupflicht als eine Konkretisierung des Verbandszweckes aufzufassen. Er be-

1) S.o.S. 1 d. Arbeit

2) Pennington, ZHR 126 (1964), 338 ff (352) unter Hinweis auf Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd. (1951). Das amerikanische (USA) Recht löst Konfliktsfälle weitgehend über eine treuhänderische Bindung der Verwaltung. - Vergl. Mestmäcker, Rechte der Aktionäre, S. 195 ff, 222

3) Pennington, a.a.O., S. 357

4) Hans J. Wolff, Vertretung, S. 257

5) S.o.S. 34 d. Arbeit

6) Dafür, daß neue und genauere Merkmale zur Begrenzung einer Treupflicht gefunden werden müssen, auch Küster, Rechte der Gesellschafter, S. 124 Fußnt. 2; Rudolf Fischer, IJRG-Jahrb. 63 (1913), 327 ff (333); Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 112

7) Küster, a.a.O., insbesondere S. 65 ff, 90

trachtet alle anderen Voraussetzungen als zu unbestimmt und beschränkt sich auf dieses Merkmal.

Eine wesentliche Bedeutung wird dem Zweck eines Verbandes allenthalben beigemessen. Rudolf Fischer ¹⁾ hatte als erster besonders einprägsam vom "Zwang zum Zweck" gesprochen. Man kann die Rechtsform der Aktiengesellschaft zwar als "zweckneutral" ²⁾ bezeichnen; im Zusammenhang mit den Satzungsbestimmungen wird sich der Zweck aber auch nach der Rechtsform ausrichten müssen. Der Zweck eines Verbandes ergibt sich aus dessen Organisationstyp im Zusammenhang mit seinen satzungsmäßigen Grundlagen ³⁾.

Der normale satzungsmäßige Zweck einer Aktiengesellschaft, die ein wirtschaftliches Unternehmen betreibt, liegt in gewinnbringendem Kapitaleinsatz.

Wenn es eine Funktion des Grundkapitals ist, neben der Haftungsstocksicherung das Kernkapital für die wirtschaftliche Betätigung zu beschaffen ⁴⁾, muß aller Gründungsschwindel als zweckwidrig angesehen werden. Es ist deshalb nicht zutreffend, wenn Rudolf Fischer ⁵⁾ die satzungsmäßige Feststellung der Sacheinlage als ohne Einfluß auf den Zweck der Gesellschaft bezeichnet, weil die Schutzrichtung zugunsten der Gläubiger hier ausschließlich vom Gesetzgeber bedacht sei. Die Interessen des Verbandes werden in gleicher Weise betroffen.

Ein Zusammenschluß wie die Aktiengesellschaft fordert von den Mitgliedern und Organen eine Erfüllung der Aufgaben, die aus der Zweckbestimmung erwachsen ⁶⁾. Diese Verpflichtung steht

1) Rudolf Fischer, Ehrenbergs Hdb. III, 1, S. 357; vgl. auch Pennington, ZHR 126 (1964), 332 ff (345 f)

2) Fabricius, a.a.O., S. 190

3) Westermann, Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens, StUR, Bd. 5 (1960), S. 47 ff (58,88)

4) S.o.S. 63 d.A.

5) Rudolf Fischer, a.a.O., S. 339

6) Reinhardt, Festschr. für Walter Schmidt (1959), 23 ff (26); Knöpfel, a.a.O., S. 32

nicht im Gegensatz zu den Treupflichten aus § 242 BGB. Die Bindung an den Zweck ist seit langem als ein wesentlicher Inhalt von "Treu und Glauben" in Schuldverhältnissen anerkannt¹⁾. Das Mitgliedschaftsverhältnis, durch besondere organähnliche Befugnisse qualifiziert, kann davon nicht ausgenommen werden. Die Meinung von Küster²⁾ muß als zu eng abgelehnt werden³⁾, wenn er nur den Zweck als Maßstab für eine Pflichtbindung zulassen will. Die Verpflichtung zur Wahrung des Zweckes ist lediglich eine besondere Ausgestaltung des Treuegedankens⁴⁾. Für die Grenzen einer Treue zum Verbandszweck gelten die gleichen Grundsätze wie für die Machtlage⁵⁾. Wer die eigenen Interessen zum Nachteil des Verbandes durchsetzt, handelt dessen Zweck zuwider. Entsprechend sollten bei "Geschäftsführungsangelegenheiten" besonders ausgeprägte Treupflichten im Hinblick auf den Zweck eingreifen⁶⁾. Alle Meinungen, die von einem Zusammenhang zwischen Macht- und Pflichtlage ausgehen, sprechen auch für eine Zweckförderungspflicht.

Das in § 242 enthaltene Estoppel-Prinzip⁷⁾ (venire contra factum proprium) bestätigt dieses Ergebnis. Die Gründer kennzeichnet eine Besonderheit, die weder für Organe der AG noch für später hinzugekommene Aktionäre gilt. Durch Beteiligung oder durch Übernahme einer Verwaltungsaufgabe unterwirft man sich im Normalfall dem Zweck des Verbandes. Die Gründer haben aber die Satzung und damit einen wesentlichen Teil des Verbandszweckes selbst festgelegt. Sie setzen sich deshalb dem Vorwurf gegensätzlichen Verhaltens aus, wenn sie die AG schä-

1) Vergl. zahlreiche Nachw. bei Staudinger-Weber, a.a.O., A 171 - 174

2) Küster, a.a.O., S. 114 Anm. 2

3) So auch Hubmann, ZHR 119 (1956), 136 ff; Robert Fischer, NJW 1954, 777 (777); Zoellner, a.a.O., S. 321; Wolany, Gesellschaftler einer GmbH, S. 104, 105; Fehrensen, a.a.O., S. 146

4) Hubmann, ZHR 119 (1946), 136 ff (137); Wolany, a.a.O., S. 105

5) Zoellner, a.a.O., S. 323 Anm. 23

6) Staudinger-Weber, a.a.O., A 171; Fabricius, a.a.O., S. 85

7) Staudinger-Weber, a.a.O., A 323-335; Eichler, Vertrauen, S. 32 ff; RGZ 58 (1905), 356, 425 (429)

digen und ihre Angaben (§ 46 Abs. 1) der Zwecksetzung entgegenstehen.

Die Tatbestände von § 46 lassen sich deshalb auch als Verstoß gegen eine Zweckförderungspflicht der Gründer aus § 242 BGB begreifen.

D. Organisationspflicht

Die enge Verbindung der Gründerhaftung mit den Organisationsnormen ¹⁾ der AG (§§ 26, 27), die das Kapitalaufkommen sichern sollen, wurde mehrfach betont. Von diesem Ausgangspunkt ergibt sich ein weiterer Hinweis auf Pflichtgebote aus § 242 BGB.

Eine mit den Zwecken der Gesellschaft eng verknüpfte Verpflichtung hat die Literatur im Zusammenhang mit Problemen zur Unterkapitalisierung ²⁾ aufgestellt. Der Zusammenschluß zu einer juristischen Person bringe die O r g a n i s a t i o n s p f l i c h t ³⁾ mit sich, die Gesellschaft mit angemessenem Kapital auszustatten. § 46 ist als eine von zahlreichen gesetzlichen Maßnahmen darauf gerichtet, die Kapitalaufbringung zu sichern ⁴⁾. Die Vorschrift und die ihr zugrundeliegenden Pflichten sind aus diesem Grunde Teil eines wesentlichen "Ordnungsgrundsatzes" ⁵⁾ des Kapitalgesellschaftsrechts.

Für den Sonderfall der Unterkapitalisierung wirft die Organisationspflicht eine der Gründerhaftung ähnliche Problematik auf. Es geht dabei um eine Abgrenzung zur Durchgriffshaftung ⁶⁾,

1) Larenz, Irg. Jahrb. 83 (1933), 108 ff (143)

2) Vergl. Übersicht bei Pleyer, GmbHRsch. 1963, 206 ff

3) Erstmals Reinhardt, Festschr. für Lehmann (1956), 576 ff (590 f, 593); ebenso: Erlinghagen, GmbHRsch 1962, 169 ff (172 f); Kuhn, Ottmar, a.a.O., S. 216; BGHZ 31, 258 ff (268) (ähnlich)

4) S.o.S. 63 d.A.

5) Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 216

6) Erlinghagen, GmbHRsch 1962, 169 ff (170 f); Hofmann, NJW 1966, 1941 ff (1941)

meistens am Beispiel des Einmannengesellschafters und des Gesellschafterdarlehns erläutert. Soweit Gläubiger der Gesellschaft daraus einen Anspruch herleiten, wird diese Schadensersatzpflicht mit einem Verstoß gegen das Leitprinzip des "ordre public" ¹⁾ begründet. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen andere Autoren über die Erklärungshaftung ²⁾ oder über eine Ausgleichspflicht gemäß § 242 BGB ³⁾. - Die Unterkapitalisierung in diesem Sinne wird von den Tatbeständen des § 46 nicht erfaßt. Nach jenen Grundsätzen sind Dritten in erster Linie die Gründer verantwortlich ⁴⁾, wenn diese die Gesellschaft von Beginn an mit einem deren Zweck nicht angemessenen Kapital ausgestattet haben. - Die Interessengefährdung durch Unterkapitalisierung unterscheidet sich nicht grundsätzlich von den Normalfällen eines Gründungsschwindels ⁵⁾. Während bei der Unterkapitalisierung Zweck des Verbandes und verlaubliches Kapital sich später als Mißverhältnis herausstellen, wird bei Tatbeständen des § 46 schon die Aufbringung dieses Kapitals gefährdet; der Verband erleidet in beiden Fällen Schaden. Ein Erfolg des Pflichtverstoßes zeigt sich bei Unterkapitalisierung möglicherweise erst später als bei Handlungen im Sinne von § 46.

Zutreffend begründet Reinhardt ⁶⁾ die Ersatzansprüche aus Unterkapitalisierung bei laufender Einmannengesellschaft mit Organisationspflichten aus der Machtlage des Gesellschafters, einer Einwirkungsmöglichkeit, die für Gründer in gleicher Weise gegeben ist. Die mit der Kapitalausstattung, dem wesent-

1) Reinhardt, Festschr. Lehmann, a.a.O., S. 591

2) Erman, KTS 1959, 129 ff (132)

3) Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 216 ff

4) Erlinghagen, GmbHRsch 1962, 169 ff (175)

5) Es wurde - soweit ersichtlich - unter diesem Gesichtspunkt noch nicht untersucht, ob die Ansicht zutrifft, wonach die Gründer bei der Unterkapitalisierung ohne Rücksicht auf Verschulden haften. So: Erlinghagen GmbHRsch 1962, 169 ff (175). Die gesetzliche Wertung in § 46 - Abwicklung eines Schadens über einen Anspruch der Gesellschaft und Verschuldensprinzip - könnte dieser Auffassung bei Unterkapitalisierung durch Gründer entgegenstehen.

6) Reinhardt, a.a.O., Festschr. Lehmann, a.a.O., S. 593

lichsten Beitrag zur Organisation verbundenen Pflichten ¹⁾ haben zum Inhalt, die Organisation so wie sie projektiert wurde (§ 46 Abs. 1, S. 1, 1. HS), funktionsfähig (§ 46 Abs. 1 S. 1, 2. HS, § 54 Abs. 3) und ohne Schaden (§ 46 Abs. 1-4) zu schaffen.

Mit der Bezeichnung Organisationspflicht wird ein weiteres Element der Treupflicht berücksichtigt: die Gläubigerschutzinteressen und die Interessen der Öffentlichkeit. Die Frage, ob diese Interessen Mitgliedspflichten ²⁾ oder organähnliche Pflichten ³⁾ begrenzen können - hier unter dem Blickwinkel der Schutzrichtung von § 46 schon untersucht ⁴⁾ - braucht man hierfür die Treupflicht aus § 242 BGB nicht erneut zu diskutieren; denn die Streitfrage, in welchem Umfang vertragliche oder vertragsähnliche Pflichten durch Öffentlichkeitsinteressen ausgefüllt werden ⁵⁾, berührt die Haftungsart nicht.

Die Organisationspflicht als besondere Ausprägung der Treupflicht rechtfertigt sich daraus, daß bei Gründungen eine gesetzlich verliehene Befugnis zur Schaffung einer Organisation ⁶⁾ wahrgenommen wird. Das Gesetz schreibt alle wichtigen Stationen dieses Aktes ausdrücklich vor. Die Vorschriften begründen eine Verpflichtung, den gesetzlich festgelegten Weg zu wahren ⁷⁾ und das erkennbare Anliegen einer Grundkapital-sicherung zu beachten.

Als wichtigstes Erfordernis der Organisation ist die Kapitalgrundlage eng mit dem Gedanken einer Treupflicht verknüpft. Die Hauptleistung des Aktionärs, seine Beitragspflicht, mit der er die Mitgliedstelle ausfüllt, wird an der Treupflicht

1) RG 144, (1934), 348 ff (357, 358)

2) Ausdrücklich: Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 122, 123

3) So: Ballerstedt, Kapital, S. 76

4) S.o.S. 55 ff d.A.

5) Vergl. dazu: Staudinger-Weber, Komm. BGB, a.a.O., § 242 A 145, 184-186 Nachw. und die weitgehende Entscheidung RG, JW 1938, 2019 ff (2019, 1. Its.) für Pflichten des Vorstandes einer Genossenschaft

6) Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 119

7) RGZ 144 (1934), 348 ff (356)

gemessen ¹⁾. Eine Beitragspflichtverletzung stellt immer auch eine Treupflichtverletzung dar ²⁾. Weil in Wahrheit a l l e r Tatbestände von § 46 Abs. 1 - 4 eng mit Beitragspflichten verknüpft ist ²⁾, müssen alle Gründungshandlungen der Organisationspflicht als spezieller Ausprägung der Treupflicht gemäß sein. Ihr Inhalt konkretisiert die Treupflichten für den besonderen Fall einer Gründung so, daß die Gründer ihre rechtlich verliehenen Machtbefugnisse ohne Schädigung des Verbandes einzusetzen haben.

IV. Ergebnis zur Treupflichtverletzung

Die "Richtigkeit und Vollständigkeit" der in § 46 Abs. 1 S.1 betroffenen Angaben muß aus Gründen der Treupflicht gewährleistet sein, weil falsche oder unvollständige Angaben geeignet sind, den Verband zu schädigen. Das gilt für Angaben zu gefährlichen Abreden (§§ 26, 27), Übernahme der Aktien, Einzahlung auf die Aktien und hinsichtlich der Verwendung eingezahlter Beträge.

Für die weiteren Angaben über die Einzahlungsstelle und über die freie Verfügung des Vorstandes folgt die Pflichtwidrigkeit unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 54 Abs. 3, 36 Abs. 2 S.1, 37 Abs. 1 S.1) ³⁾. Den dort genannten Geboten widerspricht es nicht, sie als Treupflichten anzusehen. Sie enthalten eine ausdrückliche gesetzliche Konkretisierung von Treupflichten, die wegen besonderer Dringlichkeit und wegen der Gefahr eines Mißbrauchs notwendig wurde.

Eine Schädigung der Gesellschaft durch Sacheinlagen, Sachübernahmen, Sondervorteile und Gründungsaufwand (§ 46 Abs. 2) wird man als den Hauptfall einer Treupflichtverletzung annehmen müssen. Dieser Tatbestand wurde mehrfach als Beispiel und Beleg der hier vertretenen Meinung genannt ⁴⁾.

1) Wölbing, a.a.O., S. 86, 92; Knöpfel, a.a.O., S. 97

2) S.o.S. 63 ff d.A.

3) Vergl. Nachw. oben S. 75 d.A., und auch die Vorschriften gleichen Wortlauts im AktG 1937.

4) S.o.S. 87 f, 99, 100 d.A.

Die Annahme eines zahlungsunfähigen Aktionärs (§ 46 Abs. 4) oder leistungsunfähigen Sacheinlegers unterscheidet sich von den anderen Fällen einer Schadenszufügung bei Gründung nicht grundsätzlich. Der Beitrag des Haftenden selbst ist zwar nicht betroffen, durch sein treuwidriges Verhalten wird aber das geplante Grundkapital nicht erreicht.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß alle Tatbestände von § 46 Abs. 1 - 4 als Folge einer Treupflichtverletzung erklärt werden können.

§ 11 Einordnung der Haftung aus § 46 Abs. 1 - 4 in das Haftungssystem

I. Treupflicht und Schadensersatz

Das Gesetz zeigt sich bei Treupflichtverstößen nicht sanktionsfreudig ¹⁾. Das wird bestätigt durch Tatbestände, die bei organschaftlichen Pflichten von Mitgliedern Schadensersatzansprüche ausschließen. § 117 Abs. 7 Nr. 1 ²⁾ versagt bei Stimmrechtsmißbrauch des Aktionärs der Gesellschaft ³⁾ einen Anspruch. Während für Organe der Gesellschaft §§ 48, 93, 116 als Folge einer Treupflichtverletzung gelten ⁴⁾, wurde für organschaftlich tätige Aktionäre in § 117 keine Schadensersatzpflicht aufgestellt. Bei den organähnlich handelnden Gründern ist die Verpflichtung aus § 46 eine Konsequenz aus der Sonderrechtsstellung und aus deren Pflichtgeboten. Das wird bestätigt durch die gesetzliche Wertung in § 63 Abs. 2 S. 2, wonach Schadensersatzansprüche der Gesellschaft schon entstehen, wenn die Stammeinlage der AG verspätet erbracht wird.

1) Knöpfel, a.a.O., S. 171

2) Ebenso: § 101 Abs. 7 AktG 1937

3) Zöllner, a.a.O., S. 426 verweist deshalb bei allen Fällen von Stimmrechtsmißbrauch auf (allenfalls) deliktische Ansprüche. Dem Streit zur Rechtsnatur von § 117 (§ 101 AktG 1937) wird hier nicht nachgegangen. H.Mg.: Deliktsanspruch: Baumbach-Hueck, § 101 Anm. 1; Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 181; a.A.: Treupflichtverstoß: Bergmann ZHR 105 (1938), 1 ff (11)

4) Nachw. bei Mestmäcker, a.a.O., S. 212, 214 Anm. 296; RGZ 144 (1934), 345 ff (348)

Die Treupflicht läßt einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 826 BGB bei einem Verstoß deshalb als überflüssig ¹⁾ erscheinen, weil eine gesetzliche Pflichtbindung von Gründern zur AG erlaubt, die Gründerhaftung als mindestens vertragsähnlich zu bezeichnen.

Zugleich hat die Untersuchung gezeigt, daß a l l e Tatbestände von § 46 Abs. 1 - 4 auf gesetzliche Pflichten zurückgeführt werden müssen. Interessen des Verbandes und Verkehrsschutzinteressen entziehen dieses Schuldverhältnis der Disposition der Gründer. Damit ist das entscheidende Argument gegen die Auffassung gewonnen, die einen Anspruch nach Vertragsgrundsätzen bei Zusammenwirken aller Gründer ²⁾ ablehnt.

Diese Problematik berührt eine Streitfrage, die sich auf gleichem Wege entscheiden läßt: Ein Mitverschulden der Organe (§ 254 BGB) schließt den Anspruch der Gesellschaft aus § 46 nicht aus ³⁾. Die erkennbare Absicht des Gesetzes in allen Sicherungskautelen zum Aufkommen des Grundkapitals wie in § 46 würde vereitelt, wenn der Anspruch auf diesem Wege dem Grunde nach entfallen könnte ⁴⁾. Ein zurechenbares mitwirkendes Verschulden von Organen würde die Gesellschaft im Ergebnis ebenso schädigen, wie eine nicht zur Übernahme geeignete Verbindlichkeit, die gemäß § 41 Abs. 2 abgelehnt werden kann. Wenn schon aus Verträgen mit Dritten kein gefährdendes Geschäft erwachsen soll, dann darf das auch nicht durch Handlungen geschehen, mit denen sich die Gesellschaft selbst schaden würde.

1) So aber Georg Kuhn, AG 1956, 18 (20 ff): "insbesondere § 826 BGB"

2) S.o.S. 17 d.A. FuBnt. 3 und S. 17 d.A. FuBnt. 4

3) Ritter, § 39 Anm. 2 a; Großkomm.-Gadow (1939), § 39 Anm. 7; RGZ 154 (1937), 276 ff (286, 287) a.A.: Gadow, Ihrg. Jahrb. 84 (1934), 174 ff (193); für den internen Ausgleich unter Gründern über § 426 BGB ist § 254 BGB anwendbar (RGZ 75 (1909), 256 ff (257))

4) RGZ 154 (1937), 276 ff (287)

II. Haftungsarten

A. Culpa in contrahendo

Das bisher gewonnene Ergebnis läßt offen, welche Haftungsarten in § 46 betroffen sind. Ein bestehendes gesetzliches Schuldverhältnis zur Vorgesellschaft und zur AG, wie es sich aus § 54 Abs. 3 ergibt, spricht für eine positive Forderungsverletzung. Andere Handlungen, wie die bei Satzungsaufstellung gemachten falschen Angaben oder die auf die Satzung zurückgehenden Schädigungen der Gesellschaft, weisen auf Verschulden bei Vertragsschluß hin.

Zunächst seien die Tatbestände eines Treupflichtverstoßes genannt, die nach dem Haftungssystem des bürgerlichen Rechts als culpa in contrahendo einzuordnen sind. Wenn § 46 diese Fälle enthalten soll, müßte ein gesetzliches Schuldverhältnis aus § 242 BGB bestehen ¹⁾, das dem Schuldverhältnis aus "Eintritt in Vertragsverhandlungen" ²⁾ vergleichbar ist.

Zwei Anknüpfungspunkte für dieses Schuldverhältnis muß man trennen: die Satzungsaufstellung und den mit Errichtung des Vereins zusammenfallenden Erwerb der Mitgliedschaft. Mit §§ 2, 29 hat der Gesetzgeber im Gegensatz zum bisherigen Recht klargestellt, daß Satzungsfeststellung und Aktienübernahme gleichzeitig erfolgen müssen ³⁾.

Hinsichtlich der Einordnung der Gründerhaftung bekommt die Entstehung der Vorgesellschaft entscheidendes Gewicht. Die Übernahmeerklärung erhält eine wesentliche Funktion; denn die Organisation der Vorgesellschaft ist aufgestellt, wenn die Aktien übernommen sind ⁴⁾. Die "Errichtung" der Gesellschaft

1) BGH 6 (1952), 330 ff (333); Ballerstedt, AcP 151 (1950, 1951), 501 ff (503): "Gewährung und Inanspruchnahme von Vertrauen"; Palandt-Dankelmann, § 276, Anm. 6 a; Fikentscher, a.a.O., § 20 S. 63; Esser, a.a.O., § 10, S. 32; Staudinger-Weber, a.a.O., A 416

2) Ballerstedt, AcP 151 (1950/51), 501 ff (503, 505)

3) Vgl. noch § 22 Abs. 2 AktG 1937; zum jetzigen Recht: v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 23 Anm. 3, § 2 Anm. 6, § 29 Anm. 1

4) Baumbach-Hueck, § 22 Anm. 2; Großkomm.-Fischer, § 22 Anm. 3, 4; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 29 Anm. 4

bedeutet gleichzeitig, daß die an dieser Rechtshandlung beteiligten Gründer Mitglieder der Vorgesellschaft und damit Aktionäre der späteren AG werden ¹⁾. Alle Handlungen, die zeitlich dem Errichtungsakt vorausgehen oder mit ihm zusammenfallen, unterliegen also Treupflichten vor oder bei Begründung einer Gesellschaft.

Organähnliche Treupflichten zu diesem Zeitpunkt können nur eine Haftung aus culpa in contrahendo hervorrufen. Solange der Verband durch die vorgeschriebenen Handlungen nicht entstanden ist, begründen die Treupflichten ein Schuldverhältnis vor oder bei Eingehung der Mitgliedschaft, das dem "Schuldverhältnis vor Vertragsschluß" ähnelt. Die Gesellschaftsexistenz wird bei dieser Konstruktion nicht unzulässigerweise vorausbezogen, sondern die Pflichten der Gründer und Organe setzen nach der gesetzlichen Wertung aus § 242 BGB schon vor Errichtung des Verbandes ein ²⁾. Die Anlehnung an vertragsähnliche Grundsätze rechtfertigt sich deshalb, weil die Errichtung des Verbandes wie die Satzungsaufstellung und Aktienübernahme mindestens zugleich einen vertraglichen Charakter ³⁾ haben. Selbst wenn man dieser Meinung nicht folgen wollte, besteht doch ein gesetzliches Schuldverhältnis, das für einen Anspruch nach diesen Grundsätzen genügt.

Die nichtrechtsfähige Vorgesellschaft gibt es zum Zeitpunkt der schadensstiftenden Handlungen so wenig wie die AG ⁴⁾. Man verkennt aber die Besonderheit der Satzungsaufstellung und der Aktienübernahme als Anknüpfungspunkte für ein gesetzliches Schuldverhältnis aus § 242 BGB, wenn dieser Grund gegen einen vertragsähnlichen Anspruch bei Pflichtverletzungen angeführt wird. Staub ⁵⁾ hat ein Jahr nach seiner grundlegenden Arbeit

1) Georgakopoulos, a.a.O., S. 87 ff (89)

2) RGZ 144 (1934), 348 ff (357, 358) für Organe u.a.S. 71 d.A., Fußnt. 2 gen. Lit.

3) s.o. S. 64 d.A.

4) Vergl. die h.Mg., oben S. 13 d.A. (zum Deliktscharakter von § 46 und ihr Argument, die Gesellschaft "existiere" im Zeitpunkt der schadensstiftenden Handlung noch nicht)

5) Staub, Komm. GmbHG (1903), § 9 Anm. 28

zur positiven Vertragsverletzung ¹⁾ den Gründungsschwindel für die GmbH generell eine "Treulosigkeit bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages" ²⁾ genannt. Die Notwendigkeit zu differenzieren wurde hier schon betont; für die weitaus meisten Fälle nach § 46 bleibt diese von Staub erstmals angeführte Auffassung zutreffend.

Wer beispielsweise bei Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts falsche Angaben über den Wert einer Einlage macht, wird nach culpa in contrahendo ersatzpflichtig ³⁾. Zwischen falschen Angaben zur Satzungsaufstellung einer AG und unrichtigen Verlautbarungen, die zum Gesellschaftsvertrag bürgerlichen Rechts erfolgen, besteht hinsichtlich der Haftungsart kein Unterschied. Wie beim Kauf im Rahmen von Vertragsverhandlungen über die Kaufsache wahrheitsgemäße Auskünfte zu erteilen sind ⁴⁾, muß bei Satzungsaufstellung diese Verpflichtung ebenfalls bestehen und bei Verstößen zur Haftung nach gleichen Grundsätzen führen. Die Vertragshaftung ist auf das mitgliedschaftliche Verhältnis entsprechend anwendbar ⁵⁾. Eine sich anbahnende Mitgliedschaft zur Vorgesellschaft und zur AG, durch organähnliche Befugnisse qualifiziert, bringt gleiche Haftungsgrundsätze mit sich.

Alle Treuwidrigkeiten vor oder bei Satzungsaufstellung und Übernahme der Aktien fallen deshalb unter die Haftungsart der culpa in contrahendo. Sie bilden die häufigsten und wichtigsten Beispiele für Gründungsschwindel, wie er in § 46 Abs. 2 betroffen ist: Sacheinlagen, Sachübernahmen, Sondervorteile, Gründungsaufwand und besonders Bewertungsverstöße hängen mit der Satzungsaufstellung zusammen. Von den unrichtigen oder unvollständigen Angaben nach § 46 Abs. 1 zählen dazu alle Angaben in der Satzung, in der Gründerversammlung sowie andere,

1) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, (1902)

2) Staub, § 9 GmbHG, Anm. 28

3) Larenz, Schuldrecht I, § 4 IV, 3, S. 43

4) RGZ 120 (1928), 249 ff (252); 132, (1931) 16 ff (80)

5) RG in DJ 1938, 727 ff (728, 730); Planck-Strohal, Komm. BGB, § 35 Anm. 2

die dem Entstehen der Vorgesellschaft vorausgehen oder hiermit zusammenfallen. § 37 Abs. 2 Nr. 2 ergibt im übrigen, daß die in § 46 Abs. 1 betroffenen Angaben nicht alle schon mit der Satzung zusammenhängen. Die Annahme eines zahlungsunfähigen Aktionärs oder leistungsunfähigen Sacheinlegers muß ebenfalls als culpa in contrahendo angesehen werden, ist dieser Schritt nach neuem Aktienrecht doch zwingend mit der Satzungsfeststellung zu verbinden ¹⁾. Demnach dürfen die Fälle einer Schadenssanktion nicht auf die Maßstäbe des Deliktsrechts verschoben werden. Das Verdienst der Rechtsentwicklung zur culpa in contrahendo, ein gesetzliches Schuldverhältnis der Anbahnungsverhandlungen mit den schärferen Waffen des Vertragsrechts auszustatten, würde andernfalls für den gleichliegenden Fall von Gründerpflichten nicht berücksichtigt werden.

B. Positive Forderungsverletzung

Für die verbleibenden Handlungen, die eine Haftung aus § 46 nach sich ziehen, liegt die positive Forderungsverletzung näher, um die noch offenen Tatbestände in der Haftungsart zu kennzeichnen. Das Verbot verbandsschädlichen, zweckwidrigen Handelns, aus der Treupflicht abgeleitet, besteht nach Errichtung des Verbandes im Vorstadium der AG im gleichen Umfang. Ein bestehendes mitgliedschaftliches Band und die Tatsache, daß die Vorgesellschaft als Adressat für eine organähnliche Pflichtbindung besteht, macht den Rückgriff auf vorvertragliche Rechtsbeziehungen überflüssig.

Als Rechtsgrundlage eines Anspruches aus positiver Forderungsverletzung werden häufig §§ 280, 286, 325, 326 BGB genannt ²⁾. Die Schadensfälle bei schuldnerischem Verhalten brauchen den gesetzlich geregelten Leistungsstörungsfällen aber nicht ähnlich zu sein. Unmöglichkeit der Leistung und Verzug sind nur

1) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 23 Anm. 20

2) Boehmer, Grundlagen, S. 168, 169; Larenz, Schuldrecht I, § 23 I., u.v.a.

Unterfälle einer Forderungsverletzung. Der BGH sieht den Grund einer Verpflichtung zum Schadensersatz deshalb zutreffend in § 242 BGB ¹⁾, der hier auch Gründertreupflichten begrenzt.

Alle falschen Angaben (§ 46 Abs. 1) n a c h Übernahme der Aktien führen zu einer positiven Forderungsverletzung. Dazu gehören z.B. treuwidrige Zusicherungen im Gründungsbericht und im Eintragungsverfahren (§ 37 Abs. 2).

Die Konstruktion einer positiven Forderungsverletzung trifft schließlich auch den letzten in § 46 Abs. 1 genannten Fall eines Verstoßes gegen Pflichten aus § 54 Abs. 3: Sorgfältige Einzahlung der Beträge auf eine geeignete Stelle zur freien Verfügung des Vorstandes. Diese gesetzlichen Pflichten entstehen erst nach Übernahme der Aktien. Schließlich zeigt § 54 Abs. 3 besonders deutlich, daß der Hinweis, die Gründerhaftung sei Deliktshaftung, weil sie "Gebote des Gesetzes" ²⁾ enthalte, nicht überzeugt. § 46 Abs. 1 schafft nicht erst ein gesetzliches Schuldverhältnis aus Delikt, sondern ist schon Folge eines Verstoßes gegen bestehende gesetzliche Treupflichten.

III. Ergebnis zur Rechtsnatur von § 46 Abs. 1 - 4

Die Gründerhaftung aus § 46 Abs. 1 - 4 geht in der Mehrzahl ihrer Tatbestände auf die Grundsätze zum Verschulden bei Vertragsschluß zurück; die verbleibenden Fallgruppen müssen als positive Forderungsverletzung gedeutet werden.

-
- 1) BGHZ 11 (1954), 80 ff (84); ebenso: Esser, a.a.O., § 79, 6, S. 345
 - 2) Düringer-Hachenburg, § 202 HGB Anm. 1 u. 9 und die oben S. 15 d.A. FuBnt.1,3 angef. Lit.

§ 12 Rechtsnatur der Haftung des Hintermannes (§ 46 Abs. 5)

I. Deliktshaftung

Als letzter Tatbestand von § 46 bleibt die Rechtsnatur von § 46 Abs. 5 zu untersuchen. Diese Vorschrift enthält eine 1937¹⁾ in das Aktiengesetz aufgenommene Haftung des Hintermannes, des Geschäftsherren, der einen Strohmann vorschiebt²⁾.

Die gesetzgeberischen Motive dieses Tatbestandes³⁾ können nichts dazu beitragen, die Rechtsnatur zu klären. - Nur selten wird die Rechtsnatur von § 46 Abs. 5 gesondert behandelt⁴⁾. Man hält es offenbar für selbstverständlich, daß die Vorschrift den übrigen Tatbeständen in diesem Punkte folgt.

Der Hintermann soll gemäß § 46 Abs. 5 "in gleicher Weise" wie der Strohmann (Gründer) haften⁵⁾. Das führt zu der Frage, ob auch die Hintermannhaftung auf Treupflichten zurückgeht.

Diese Haftung wäre der Gründerverantwortlichkeit ähnlich, wenn man einen grundsätzlichen rechtlichen Unterschied zwischen Gründer- (Strohmann-) und Hintermann- (Geschäftsherrn)-stellung nicht anerkennt. So kommt Hassemer⁶⁾ zu dem Ergebnis, der Auftraggeber sei der "eigentliche Gründer". Das Schlagwort von Hintermann als dem "wahren Gründer"⁷⁾ ist ungeeignet, die Rechtstellung zu kennzeichnen. Der BGH⁸⁾ will den Geschäftsherrn vermögensrechtlich wie den Gesellschafter behandeln und ihn in den Pflichten einem Gesellschafter gleichsetzen.

- Das Rechtsverhältnis zwischen Strohmann und Geschäftsherrn richtet sich nach den Grundsätzen der mittelbaren Stellvertre-

1) § 39 Abs. 5 AktG 1937; vergl. Anhang Nr. III

2) S.o.S. 42 ff d.A.

3) Dazu ausführlich: Ballerstedt, JZ 1960, 513 ff (514 - 515)

4) Ausnahme: Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 53; § 46 Abs. 5 sei Deliktshaftung (für § 39 Abs. 5 AktG 1937).

5) H.Mg.: Vergl. Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 53

6) Hassemer, GmbHRSch 62, 10 ff (12,13)

7) Bernhardt, JW 1938, 2529 ff (2530).

8) BGHZ 31 (1960), 258 ff (258 I. Leits., 267)

tung ¹⁾. Die Pflichten von Gründern und AG können deshalb nicht unmittelbar auf den Hintermann durchgreifen. Das gilt auch für Treupflichten aus organähnlicher und mitgliedschaftlicher Stellung. Zwar hat es Versuche gegeben, die Geschäftswirkungen bei mittelbarer Stellvertretung auf den Hintermann auszudehnen ²⁾; diese Auffassung wird jedoch heute nahezu einhellig abgelehnt.

Die Gleichsetzung verbietet ³⁾ sich schon im Hinblick auf §§ 2, 29, die den Pflichtadressaten genau bezeichnen. Der Hintermann ist an der Feststellung der Satzung nicht beteiligt. Gründer (Vordermänner) übernehmen die Aktien im eigenen Namen. Sie allein werden Mitglieder der Vorgesellschaft und der AG ⁴⁾. Die Treupflicht trifft nur den mittelbaren Stellvertreter, weil nur dieser Mitglied wird und eine organähnliche Machtstellung hat.

§ 46 Abs. 5 sollte auch nicht als Fall einer "Durchgriffshaftung" bezeichnet werden ⁵⁾. Durchgriffe beschränken sich darauf, hinter dem Schutz der juristischen Person die Mitglieder in Ausnahmefällen haftbar zu machen. Das trifft auf den Hintermann nicht zu, da er nicht Mitglied der Gesellschaft wird. § 46 Abs. 5 ist vielmehr als gesetzliche Rückgriffshaftung ⁶⁾ anzusehen.

Aus diesen Gründen trifft § 46 Abs. 5 nicht die Folgen eines Treupflichtverstoßes. Von allen in § 46 betroffenen Tatbeständen stellt die Vorschrift den einzigen Fall einer *D e r i l i k t s h a f t u n g* auf. Die Zurechnung des Handelns von Stroh Männern regelt § 46 Abs. 5 S. 2, wobei diese Gründer - und damit auch der Hintermann (§ 46 Abs. 5 S. 2) - für

1) Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 95 mit Nachw.

2) Müller-Erzbach, Grundsätze, S. 9, 26 ff

3) Ebenso: Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 95 ff; Ballerstedt, JZ 1960, 513 ff (513 ff); Rasch, AcP 164 (1964), 549 ff (550)

4) Einhellige Mg., Nachw. Bing in Düringer-Hachenburg, § 182 HGB Anm. 13, § 187 Anm. 9; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 2 Anm. 5

5) So aber Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 93

6) Begriff nach Reinecke, AG 1962, 66 ff (70 l. Sp.)

die ihrerseits zugezogenen Hilfspersonen der AG über § 278 BGB haften können. Für Handeln anderer Gehilfen müssen die Hintermänner über § 831 BGB einstehen.

III. Einzelfragen zu § 46 Abs. 5

Bei einem Deliktscharakter der Vorschrift bleibt offen, in welcher Weise die Hintermänner "neben" (§ 46 Abs. 5) den Gründern haften sollen. Die Fassung des Gesetzes deutet auf eine Gesamtschuldnerschaft mit den Gründern hin ¹⁾. Diese Auffassung ist abzulehnen, wenn man als Voraussetzung einer Gesamtschuld Gleichartigkeit des Rechtsgrundes verlangt ²⁾, aus dem die Einzelverpflichtungen entspringen. Das würde zur Problematik der sogenannten unechten oder scheinbaren Gesamtschuld ³⁾ führen. - § 421 BGB fordert aber nicht, daß der Rechtsgrund der Verbindlichkeit für alle Schuldner gleich ist ⁴⁾. Wenn Gründer und Hintermänner in gleicher Weise Ersatz zu leisten haben, weist das auf eine Identität des Interesses hin ⁵⁾, das die Gesellschaft von beiden Verpflichteten verlangen kann. Im Verhältnis von Gründer und Hintermann bestehen gleichrangige Verpflichtungen ⁶⁾; denn keiner dieser Schuldner erscheint als der "letztlich" ⁷⁾ Verpflichtete. . Das Gesetz normiert wie bei Gehilfsdelikten im Rahmen vertraglicher Beziehungen des Geschäftsherrn eine Einschaltungs haftung ⁸⁾ ohne eigenes Verschulden des Hintermannes ⁹⁾. Nicht anders als bei Gehilfen- und Geschäftsherrnhaftung über die

1) Einhellg. Mg., vergl.: Baumbach-Hueck, § 39 Anm. 5

2) Titze, Schuldrecht, (1948) S. 139

3) Abgelehnt bei Soergel-Reimer Schmidt, Komm. BGB, § 421, Rdn. 10

4) Larenz, Schuldrecht I, § 33 III S. 386 ff; Soergel-Reimer Schmidt, a.a.O., § 421 Rdn. 10; RGZ 82 (1913), 436 ff(439); BGH, Vers R 1956, 160 ff (161)

5) Soergel-Reimer Schmidt, a.a.O., § 421 Anm. 10

6) Larenz, Schuldrecht I, § 33, S. 390 allgemein

7) Larenz I, a.a.O., § 33 III, S. 390

8) Reinecke, AG 1962, 66 ff (70) nennt das "Gefährdungshaftung".

9) S.o.S. 43 d.A.

Zurechnung aus § 278 BGB sind Gründer und Hintermänner als Gesamtschuldner anzusehen ¹⁾).

Da § 46 Abs. 5 mit den übrigen Tatbeständen von § 46 nicht verglichen werden kann, wird seine Stellung im Gesetz problematisch.

§ 48 ²⁾ betrifft die Haftung der Organe in der Vorgesellschaft ³⁾. § 49 ⁴⁾ (Haftung der Gründungsprüfer) kann als ein Tatbestand angesehen werden, der den Amtspflichtverletzungen entspricht ⁵⁾. § 47 ⁶⁾ enthält wie § 46 Abs. 5 Deliktstatbestände. Organähnliche und mitgliedschaftliche Pflichten treffen die in § 47 genannten Schuldner nicht. Die Hintermannhaftung sollte deshalb redaktionell § 47 zugeordnet werden.

§ 13 Rechtliche Konsequenzen aus der Rechtsnatur der Gründerhaftung

I. Haftung für Gehilfenhandeln

Weil die Gründerhaftung mit Ausnahme von § 46 Abs. 5 auf Verschulden bei Vertragsschluß oder positive Forderungsverletzung zurückzuführen ist, bildet § 278 BGB die Zurechnungsnorm für Gehilfenhandeln und Verschulden. Nach dem Stand von Rechtsprechung ⁷⁾ und Lehre ⁸⁾ findet § 278 heute unbestritten auch für culpa in contrahendo Anwendung.

Unter einem besonderen Gesichtspunkt bleibt aber zu prüfen, ob für die Gründerhaftung eine abweichende, extensive Ausle-

1) Für § 278 vergl. Soergel-Reimer Schmidt, § 278 Anm. 24

2) Gleicher Wortlaut § 41 AktG 1937

3) Vgl. statt vieler: Schilling in Großkomm. § 84 Anm. 2, 3 Düringer-Hachenburg, § 204 HGB Anm. 2; Georg Kuhn, WM 1956, Beilage 5, S. 3; RGZ 144 (1937), 348 ff (356); Wolany, AG 1966, 118 ff (122)

4) § 49 verweist auf § 168 Abs. 1 - 4 (Abschlußprüfung)

5) v. Godin-Wilhelmi, 2. Aufl. vor § 39 - 44 Anm. 2, Großkomm.-Fischer, § 25 Anm. 5, 6; Georg Kuhn, WM 1956, Beilage 5, S. 4 f

6) Sog. "Gründergenossenhaftung"

7) BGH, NJW 1955, 297 ff (Lts.)

8) Ballerstedt, AcP 1951 (1950, 51), 501 ff (501) Nachw.

gung von § 278 BGB geboten erscheint. Für die Zurechnung gemäß § 278 BGB fordert man einen inneren Sachzusammenhang¹⁾ von Handlung und übertragener Aufgabe, um dem Tatbestandmerkmal "zur Erfüllung einer Verbindlichkeit" gerecht zu werden. Selbständige unerlaubte Handlungen des Gehilfen sollen nur diesen ersatzpflichtig machen, wenn er damit nicht zugleich auch gegen Vertragspflichten verstoßen hat. Reimer Schmidt²⁾ versucht gegen diese Meinung aus dem Grundgedanken der Einschaltungshaftung unter Hinweis auf inkonsequente Rechtsprechung³⁾ vorzugehen und die Beschränkung der Zurechnung fremdem Handeln fallen zu lassen. Ohne diese grundsätzliche Stellungnahme zur Einschaltungshaftung ergibt sich für § 46 Abs. 1 - 4, daß der Geschäftsherr über § 278 BGB weitgehend haftbar zu machen ist.

Entscheidend für eine extensive Auslegung von § 278 BGB spricht § 46 Abs. 5 S. 2. Eine Beschränkung aus dem Sachzusammenhang der Gehilfentätigkeit ergibt sich für die Hintermannhaftung nicht. § 46 Abs. 5 S. 2 läßt den Hintermann für j e d e s schuldhaftes Handeln des Vordermannes i.S.d. § 46 Abs. 1 - 4 eintreten.

Verstößt deshalb der Erfüllungsgehilfe eines Gründers gegen Pflichten aus § 46 Abs. 1 - 4, haftet der Geschäftsherr, auch wenn ein "grober Exzeß"⁴⁾ des Gehilfen vorliegt, der die Geschäftsherrnhaftung im Normalfall ausschließen würde. Die aktienrechtliche Sonderbestimmung des § 46 Abs. 5 S. 2 zwingt zu dieser Interpretation von § 278 BGB, damit ein Wertungswiderspruch⁵⁾ zwischen Gründer- und Hintermannhaftung vermieden wird.

1) Vgl. statt aller: Westermann, JUS 1961, S. 382 ff (383)

2) Soergel-Reimer Schmidt, § 278 Anm. 5

3) Mit Recht wendet sich Reimer Schmidt, a.a.O., in diesem Zusammenhang gegen BGH, BB 1953, 293 ff (293)

4) Soergel-Reimer Schmidt, a.a.O., vor § 275 Anm. 12

5) S. dazu o.S. 42 d.A.

II. Gerichtsstand

Der von der herrschenden Meinung genannte Gerichtsstand nach § 32 ZPO¹⁾ (Gerichtsstand der Unerlaubten Handlung) trifft nach dem Ergebnis dieser Arbeit nur für § 46 Abs. 5 zu. Die organähnlichen mitgliedschaftlichen Treupflichten der Gründer verlangen als besonderen Gerichtsstand gemäß § 22 ZPO den Sitz der AG²⁾. Die Tatsache, daß die Pflichtverletzungen vor Beginn der Mitgliedschaft erfolgen, hindert nicht, § 22 ZPO anzuwenden³⁾. Dafür spricht der innere Zusammenhang der Verpflichtungen bei bestehender oder sich anbahnender Rechtsbeziehung zur Korporation.

Die unterschiedliche Rechtsnatur der Ansprüche aus § 46 Abs. 1.- 4 einerseits und der aus §§ 46 Abs. 5, 47⁴⁾, 48⁵⁾, 49⁶⁾ andererseits macht die Vorschrift nützlich, wie sie das schweizerische Obligationenrecht (OR) in Artikel 761 aufgenommen hat: Danach ist für alle Klagen aus Gründungsschwindel das zuständige Gericht am Sitz der Gesellschaft zur Entscheidung berufen. Nach dem geltenden deutschen Recht müssen die verschiedenen möglichen Gerichtsstände hingenommen werden. In Ausnahmefällen kann aus § 36 Nr. 3 ZPO unter dessen besonderen Voraussetzungen der Gerichtsstand einheitlich festgelegt werden.

III. Angaben "zum Zwecke der Gründung"

Aus der Rechtsnatur der Gründerhaftung kann sich weiterhin eine Konsequenz für die Angaben "zum Zwecke der Gründung"⁷⁾ ergeben, die den haftungsbegründenden Tatbestand von § 46 Abs. 1

1) Nachw. S. 7 d.A. FuBnt. 2

2) So Staub, Komm.GmbH, § 9 Anm. 28 für GmbH-Gründung

3) Vergl. schon RGZ 4 (1885), 394 ff (396)

4) Dafür gilt unstreitig § 32 ZPO

5) Für Organe der jr. Pers. kann § 22 ZPO den Gerichtsstand nicht begründen. Vergl. Wieczorek, Komm. ZPO, § 22 B I

6) wie FuBnt. 4

7) Leider stimmt § 399 Abs. 1 Nr. 1 ("Angaben zum Zwecke der Eintragung") mit diesem Wortlaut nicht überein.

kennzeichnen. Alle bloß "gelegentlich" der Gründung gemachten Angaben führen nicht zu einer Haftung¹⁾. Für § 46 Abs. 1 kommt es darauf an, daß die Angaben einen Zusammenhang mit der Gründung aufweisen. Dazu zählen jedenfalls Angaben, die - wie früher in § 202 HGB gefordert - "zum Zwecke der Eintragung" gemacht werden²⁾. Der Wortlaut des Gesetzes in § 46 Abs. 1 erweist, daß auch andere Verlautbarungen diesem Tatbestand unterfallen³⁾.

Eine Begrenzung des Haftungstatbestandes versucht Hachenburg⁴⁾, wenn er nur Angaben gelten läßt, die sich an die "Allgemeinheit" richten. Darin liegt die hier kritisierte Überbetonung des öffentlichen Bedeutungsgehaltes von Gründererklärungen, geht doch die Haftung auf die *Gesellschaft* zurück. § 46 Abs. 1 meint deshalb alle Verlautbarungen, die zur Förderung des Gründungsverfahrens⁵⁾ gemacht werden. Dazu zählen Angaben in der Satzung⁶⁾, in der Übernahmeniederschrift⁷⁾, in der Gründungsversammlung⁸⁾, im Gründungsbericht⁹⁾ und Angaben zur Anmeldung¹⁰⁾.

Die wichtigste Streitfrage zu diesem Punkt geht dahin, ob auch der Antrag um Zulassung des Gewerbebetriebes oder um Aufnahme in die Industrie- und Handelskammer wahrheitsgemäße Angaben enthalten muß¹¹⁾. Diese erfolgen aufgrund öffentlich-

1) Nahezu einhellg. MG.: vgl. Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 5

2) v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg. § 46 Anm. 2

3) Statt aller: Schlegelberger-Quassowski, § 39 Anm. 2; Nur Ritter, § 39 Anm. 2 b gibt Angaben nach § 39 AktG 1937 (§ 46 Abs. 1) und § 295 AktG 1937 (399) die gleiche Bedeutung.

4) Düringer-Hachenburg, § 202 HGB Anm. 12

5) Baumbach-Hueck, § 39 Anm. I A

6) Baumbach-Hueck, § 39 Anm. I A, v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg. § 46 Anm. 2

7) Schlegelberger-Quassowski, § 39 Anm. 2; heute mit der Satzung zusammenfallend.

8) Baumbach-Hueck, § 39 Anm. I A

9) Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 5; RGZ 26 (1890), 37 ff (42)

10) Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 5; RGST 30 (1898), 300 ff (310) für Art. 249 a ADHGB

11) Bejahend: v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 46 Anm. 2; Ritter, § 39 Anm. 2 B; Brodmann, § 202 Anm. 4 b; Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 5; a. A.: Düringer-Hachenburg, § 202 Anm. 12

rechtlicher Vorschriften ¹⁾. Hachenburg ²⁾ meint, der Antrag auf Gewerbeerlaubnis zielt nicht unmittelbar auf die Konstituierung des Verbandes hin und erfülle deshalb keinen Haftungsbestand gegenüber der AG. Die Rechtsperson könne im Einzelfall entstehen, ohne daß schon eine gewerberechtliche Erlaubnis vorliegt. Der Registerrichter verlangt den Nachweis einer solchen Erlaubnis nicht in jedem Fall ³⁾. Für die Treupflichtverletzung in § 46 Abs. 1 ist entscheidend, ob diese Angaben geeignet sind, einen Schaden der AG herbeizuführen. § 126 Abs. 1 FGG begründet eine Amtshilfepflicht der Gewerbebehörde sowie der Industrie- und Handelskammer. Der Registerrichter wird sich bei schwierigen wirtschaftlichen Fragen ⁴⁾ häufig auf gutachtliche Stellungnahmen der Behörden und Organe des Handelsstands verlassen. Auch die Angaben nach öffentlichem Recht müssen deshalb wahrheitsgemäß erfolgen, weil sie Zwecken der Gründung dienen und zu einem Schaden der AG führen können.

Die Erkenntnis, daß § 46 Abs. 1 S c h a d e n s e r s a t z n o r m ist ⁵⁾, hilft auch weitere strittige Einzelfragen zu lösen. Es steht den Gründern offen, treuwidrige Verlautbarungen zu widerrufen und richtigzustellen ⁶⁾. Die in § 46 Abs. 1 genannten haftbarmachenden Angaben sind nur beispielhaft ⁷⁾ genannt. Sofern der innere Sachzusammenhang mit der Gründung vorliegt, genügt ein Schaden der AG, der kausal auf Gründeräußerungen - gegenüber welchen Beteiligten auch immer - zurückgeht, um eine Haftung auszulösen.

1) Vergl. § 14 GewO

2) Düringer-Hachenburg, § 202 Anm. 12

3) KG, JFG 18 (1939), 87 ff (88)

4) Z. B. Bewertungsfragen

5) S. o. S. 36 d. A.

6) So: RGZ 127 (1930), 186 ff (193, 194); a.A.: vom Ausgangspunkt einer "Gewährleistungshaftung des § 39 Abs. 1", von Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 46 Anm. 2

7) Ausdrücklich nur Behrend, Handelsrecht (1896), S. 759

Anm. 2 zu Art. 213 a Abs. 1 ADHGB; Höppner, a.a.O., S. 341

IV. Gründerhaftung nach allgemeinen Vorschriften

A Haftung gegenüber der Gesellschaft

1. Gesetzeskonkurrenzen

Seit langem ist bestritten, ob die Gründerhaftung eine abschließende Regelung darstellt oder ob allgemeine Vorschriften daneben eingreifen können ¹⁾. Es empfiehlt sich, zur Untersuchung dieser Frage die Haftung gegenüber der Gesellschaft und die Haftung gegenüber Dritten und Aktionären zu trennen. Da § 46 einen Anspruch der Gesellschaft aufstellt, könnte die Vorschrift eine Verantwortlichkeit in diesem Verhältnis als Sonderregelung festlegen ²⁾.

Der Gründerhaftung gegenüber der Gesellschaft kommt diese Bedeutung zu, wenn sie eine in sich geschlossene Sondermaterie des Gesellschaftsrechts ³⁾ bildet. Entstehungsgeschichte der Vorschrift und eine verbreitete Meinung ⁴⁾ sehen eine "Tendenz" ⁵⁾ des Gesetzes, die Gründerhaftung erschöpfend zu normieren.

Diese Erwägungen sind in mehrfacher Hinsicht zu ergänzen. - Da die nahezu einhellige Meinung § 46 als Spezialtatbestand einer Unerlaubten Handlung auffaßt, soll § 826 BGB als Generalklausel des Deliktsrechts neben der Gründerhaftung nicht anzuwenden sein ⁶⁾. Nach dem hier gewonnenen Ergebnis zur Rechtsnatur besteht kein Grund, § 826 BGB für unabwendbar zu

-
- 1) Für abschließende Regelung: Lehmann-Ring, a.a.O., § 202 Anm. 1; Goldmann, § 202 Anm. 3; Brodmann, § 202 HGB (S.114) Anm. 4 unter Hinweis auf Motive 1884, S. 62; a.A.: Makower, § 202 I b 1; Staub-Pinner, § 202 Anm. 2,3; u.a.
 - 2) So: Staub-Pinner, § 202 Anm. 2; Müller-Erzbach, Mitgliederschaft, S. 316 ff; a.A.: von Godin-Wilhelmi 2. Auflg., vor §§ 39 - 44 Anm. 2 a.E., 3. Auflg., vor §§ 46 - 49 Anm. 2
 - 3) Vgl. Eichler, ZHR 126 (1964), 182 ff (198) für Abgrenzung von Handelsrecht zum bürgerl. Recht.
 - 4) Vgl. statt aller Staub-Pinner, § 202 Anm. 4 u. a. oben Fußnt. 1 zit. Lit.
 - 5) Staub-Pinner, § 202 Anm. 4
 - 6) Gegen § 826 BGB: von Godin-Wilhelmi, 2. Auflg., vor §§ 39-44 Anm. 1; Brunner, a.a.O., S. 38; RGZ 39 (1897), 245 ff (247)

halten, wenn die Abweichungen ¹⁾ der Gründerhaftung berücksichtigt werden. Das Argument, § 46 sei im Verhältnis zu § 826 BGB im Gründungsrecht der "Spezialtatbestand des Deliktsrechts" ²⁾, ist demnach ungeeignet, Konkurrenzfragen zu lösen.

Neben § 46 kann aber ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung "für Einzelfälle" ³⁾ nicht bestehen, soweit der Anspruch auf Treupflichtverstöße zurückgeführt wird.

Bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen ergibt sich jedoch eine schwierigere Problemstellung, weil hier Grundsätze des Kaufrechts ⁴⁾ Anwendung finden können.

2. Leistungsstörungsfälle

Neben Gewährleistungsansprüchen ⁵⁾ muß man die verschiedenen Fälle einer Leistungsstörung nennen, wenn Gründer als Partei eines Sacheinlage- oder Sachübernahmevertrages beteiligt sind. Die Grundsätze zur Unmöglichkeit der Leistung, zum Leistungsverzug, zur positiven Forderungsverletzung ⁶⁾ und zur culpa in contrahendo ⁶⁾ kommen nach bürgerlichem Recht als Anspruchsgrundlagen für einen Schadensausgleich in Betracht. Die damit zusammenhängenden Fragen sind sehr umstritten.

Soweit hiernach Schadensersatzforderungen der Gesellschaft entstehen sollen, ergeben sich aus § 46 Bedenken, allgemeine Grundsätze anzuwenden. Einmal könnten die auf Treupflichtver-

1) Z. B. zur Verjährung, § 852 BGB; § 51

2) Brunner, a.a.O., S. 38

3) So: v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., vor §§ 46 - 49 Anm. 2

4) S.o.S. 80 ff d.A.; Sonderfälle - wie Schenkungsabreden, Tausch- oder Werkverträge können hier unberücksichtigt bleiben. Dafür gelten deren Rechtsgrundlagen.

5) Dazu gesonderte Stellungnahme unten S.131 ff d.A.

6) Für Sacheinlagen bei GmbH vgl. Schönle NJW 1965, 2133 ff (2137)

letzungen beruhenden Ansprüche (insbesondere § 46 Abs. 2) ihre Bedeutung verlieren, wenn die Haftung nach BGB den aktienrechtlichen Schadensausgleich weitgehend verdrängen würde. Schließlich könnten die Gründer um den Vorteil der Verschuldensmaßstäbe von § 46 Abs. 2 (Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit) gebracht werden, die bei BGB-Haftung (§ 276 BGB) auf "einem Umweg" ausgeschaltet würden. Die aus komplexer Rechtsstellung erklärable Haftung aus § 46 würde dann durch Ansprüche überspielt werden, die allein an die dritte Seite der "Tripelstellung" - die persönliche vertragliche Verpflichtung - anknüpfen.

§ 46 wurde hier aber allein aus der mitgliedschaftlichen und organähnlichen Seite der Gründerstellung erläutert und läßt jede weitere Funktion unberührt. Es ist kein Grund ersichtlich, die Vertragspflichten der Gründer bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen durch verschobene Verschuldensanforderungen (§ 46 Abs. 2) zu mildern. Da die vertragliche Verpflichtung der Gründer als selbständige Rechtsstellung neben organähnlichem und mitgliedschaftlichem Status steht, sind die Leistungsstörungenfälle neben § 46 grundsätzlich nach bürgerlichem Recht zu lösen. Die Gründerhaftung sollte die Verantwortlichkeit nicht mindern, sondern die als unzureichend angesehenen allgemeinen Grundsätze erweitern ¹⁾. Hierin liegt eine für diese Detailfrage wichtige Erkenntnis aus der historischen Auslegung. Die wegen mangelnder Aktualität seit 1884 nahezu unverändert jeweils übernommenen Vorschriften enthalten keine gesetzliche Wertung, die allgemeine Vertragsgrundsätze ausschließt, insbesondere weil diese damals teilweise ²⁾ unbekannt waren.

§ 46 behält seine wichtige Bedeutung für Schadensfälle aus Einlagen schon deshalb, weil § 46 Abs. 1 die Verantwortlich-

1) s.o.S. 1 ff d.A.

2) s.o.S. 39 ff d.A.

keit auf Mitgründer erstreckt ¹⁾, deren Rechtsstellung die dritte - vertragliche - Funktion nicht aufweist.

Es hindert also nichts, grundsätzlich die gesamte Vertragshaftung auf die Leistungsstörungsfälle bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen anzuwenden ²⁾. Dagegen kann Bing ³⁾ nicht zugestimmt werden, wenn er die Gründerhaftung als subsidiär gegenüber einer Haftung aus allgemeinen Grundsätzen bezeichnet. Der Sonderrechtscharakter von § 46 verbietet diese Interpretation. Es sollte auch ein Subsidiaritätsgrundsatz der Art, daß Vertragsgrundsätze nur dann eingreifen, wenn § 46 keine Lösung des Konflikts ermöglicht ⁴⁾, nicht gelten; denn Treupflichtverstoß des § 46 und Leistungsstörungsfall stehen unabhängig nebeneinander. Aus der Sicht einer historischen Interpretation ⁵⁾ braucht auch die in § 46 enthaltene Wertung zu den Verschuldensgraden nicht auf die Vertragshaftung einzuwirken. Allenfalls die Zweckmäßigkeitssentscheidungen des Gesetzgebers, die den Grund des Anspruchs nicht berühren, zur Verjährung (§ 51) und zum Modus bei Verzichteten und Vergleichen (§ 50) sollten auf Leistungsstörungsfälle übertragen werden ⁶⁾; denn diese aktienrechtlichen Wertungen einer schnellen Bereinigung (§ 51) und des Bestands- und Minderheitenschutzes (§ 50) sind für andere Ansprüche in gleicher Weise aktuell!.

Die hiernach möglichen Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo ⁷⁾ oder positiver Forderungsverletzung weisen bei Verschulden keine Besonderheiten auf. - Schwieriger wird jedoch die Rechtslage bei unverschuldeter Schädigung sowie

1) Ebenso bei anderem Ausgangspunkt: Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436)

2) H.M.G.: statt vieler in Einzelheiten divergierender Auffassungen: Makower, a.a.O., § 202 HGB, I b, 1; Crisolli, ZHR 93 (1929), 226 ff (239 f); Großkomm.-Gadow (1939), § 39 Anm. 3; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., vor §§ 46 - 49, Anm. 2; Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 3

3) Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 HGB Anm. 45

4) Baumbach-Hueck, § 39 Anm. 1; v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., vor §§ 46- 49 Anm. 2

5) S.o.S. 38 ff d. A.

6) Soweit ersichtlich, in der Lit. nicht erörtert.

7) Ausdrücklich: v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., vor §§ 46 - 49, Anm. 2 a.E.; Staub, Komm.-GmbHG (1903), § 9 Anm. 28

bei Unmöglichkeit der Leistung oder beim Leistungsverzug. Hierzu gibt es mehrere Versuche, eine verschuldensfreie Einstandshaftung aus allgemeinen oder aktienrechtlichen Gründen, insbesondere für Konfliktsfälle bei Sacheinlagen, herzuleiten.

3. Garantiehaftung

a) Kritik an einer "Kapitaldeckungszusage"

Für den Hauptanwendungsfall der Gründerverantwortlichkeit, die Schädigung der AG durch Sacheinlagen, versucht Boesebeck¹⁾ eine Haftung neben § 39 AktG 1937 (§ 46 Abs. 2) aus einer "Kapitaldeckungszusage" zu gewinnen²⁾. Die Gründer haben seiner Ansicht nach die der Öffentlichkeit verlaubliche Kapitalgrundlage³⁾ erst dann hergestellt, wenn der Gesellschaft der volle Wert zugeführt ist. Eine Überbewertung sei schon aus diesem Grunde pflichtwidrig; auf Verschulden komme es nicht mehr an. - Der BGH⁴⁾ hat die Ansicht von Boesebeck geringfügig eingeengt; die Deckungszusage sei darauf beschränkt, daß sie nur "für den Fall einer Überbewertung der Sacheinlage" gelte, wenn diese "gesunden kaufmännischen Grundsätzen" widerspreche. Für die daneben zulässigen Überbewertungen werde die Deckungszusage nicht gegeben.

Boesebecks⁵⁾ Darstellung geht erkennbar von einer Überbetonung öffentlicher Interessen aus. Die Lehre von der "Erklä-

1) Von Lutter, a.a.O., S. 281, als h.M.G. bezeichnet; Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436); Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 13; Fischer, JZ 1954, 426 ff (428 r.); BGHZ 29 (1959), 300 ff (306); BGH, NJW 1966, 1311 ff (1314) "orbiter dictum"; u.a.S. 7 d.A. FuBnt. 4 zit. Lit.

2) Ähnlich im Ansatz Boesebeck, DR 1939, 320 f (320); wie Schilling in Hachenburg, Komm. GmbHG, § 5 Anm. 28 "Wertgarantieerklärung"

3) Boesebeck, DR 1939, S. 320

4) BGH 29 (1959), 300 ff (307, 306) = BGH, NJW 1959, S. 934 ff (936), MDR 1959, 372 ff, DNotZ 1959, 423 ff, BB 1959, 352 ff

5) Vergl. auch Boesebeck, DR 1939, 320 f (320)

nung an die Öffentlichkeit" ¹⁾, die er anführt, vermag eine Werthaftung nicht zu begründen. Der Rückgriff auf "Erklärungen" und "Zusagen" dieser Art, verdeckt leicht die entscheidendere Frage danach, ob das G e s e t z ein bestimmtes Verhalten vorschreibt ²⁾. Die Versuche, eine Haftung auf die Erklärung des Gründers zurückzuführen, daß er seine Privatinteressen zu Gunsten der Öffentlichkeit zurückstelle, gehören einem Subjektivismus an, der schon für Beitrittserklärungen im Gesellschaftsrecht zutreffend abgelehnt wurde ³⁾. Der öffentliche Bedeutungsgehalt einer Bewertungserklärung ist zwar eine Funktion, die dieser Kundgabe zukommt; er allein rechtfertigt aber noch keine Einstandshaftung. Es fehlt an der entscheidenden gesetzlichen Ausstattung dieses Gehaltes mit einem Schadensersatzanspruch der Betroffenen.

Vor allem von Godin-Wilhelmi ⁴⁾ haben gegen die Meinung von Boesebeck Stellung genommen. Brunner ⁵⁾ wirft von Godin-Wilhelmi zu Unrecht vor, die Argumentation gehe an den vorgetragenen Gründen Boesebecks vorbei. Von Godin-Wilhelmi ⁶⁾ wenden sich gegen eine "Ausdehnung von § 27 Abs. 2" ⁷⁾ - der Bareinzahlungspflicht bei unwirksamer Vereinbarung einer Sacheinlage. Diese Stellungnahme mag nicht sehr deutlich sein; sie enthält aber eine im Kern zutreffende Begründung: Den Hinweis auf § 27 kann man nur so verstehen, daß über § 27 Abs. 2 S. 3 hinaus keine gesetzlichen Grundlagen gegeben sind,

1) Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436)

2) So Lutter, a.a.O., S. 281 f

3) Dagegen: Müller-Erzbach, Mitgliedschaft S. 110; Flume, AcP 161 (1962), S. 52 ff (58 f); Hübner, Festschr. für Nipperdey(1965), S. 373 ff

4) v. Godin-Wilhelmi, 2. Auflg. § 39 Anm. 10, § 20 Anm. 1 u. 2; 3. Auflg., § 46 Anm. 11, vgl. aber für anderen Zusammenhang die mindestens in der Begründung bei Boesebeck, a.a.O., angelehnte Auffassung: v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflage, § 27 Anm. 5, im Gegensatz zur Voraufgabe; ebenso: Brunner, a.a.O., S. 35; Lutter, a.a.O., S. 281 - 282 nachdrücklich,

5) Brunner, a.a.O., S. 34, 35

6) v. Godin-Wilhelmi, a.a.O., Fußnt. 3

7) Gleicher Wortlaut: § 20 Abs. 2 AktG 1937

bei fehlgeschlagenen Einlagen einen verschuldensfreien Er-satz für die Gesellschaft zu erzielen.

Jeder Versuch, eine Gründerhaftung außerhalb von § 46 zu su-chen, hat von vornherein die Vermutung gegen sich, daß § 46 aktienrechtlich endgültig regelt, und setzt sich in Wider-spruch zu dessen Verschuldensprinzip. Es läge nämlich ein Wertungswiderspruch ¹⁾ darin, wenn Schädigungen der Gesell-schaft an eine Verschuldenshaftung gebunden wären, im übrigen aber eine Art Garantiehftung für das Aufkommen des Grundka-pitals bestünde. Es gibt keinen zwingenden Grund für solche Differenzierung, die in der Einstandshaftung einer "Deckungs-zusage" die gesetzliche Wertung in § 46 überspielt und die Vorschrift weitgehend überflüssig machen würde. De lege lata muß die Konstruktion an diesem Widerspruch scheitern.

Mit §§ 27, 46 ist im übrigen der Anknüpfungspunkt für die Be-wertungserklärungen der Gründer gegeben. Diese Erklärungen sind als Teil der Satzung vom Gesetz vorgeschrieben. Eine da-rüber hinausgehende Erklärung, eine Kapitaldeckungszusage, wird im Gesetz nicht erwähnt ²⁾.

Lutter ³⁾ weist zutreffend darauf hin, daß auch der sog. "ob-jektive Erklärungsinhalt" eine Haftung nicht begründen kön-ne ⁴⁾. Damit wird ein bestimmtes soziales Verhalten bewertet und dem Ergebnis dieser Wertung Erklärungscharakter beigemes-sen. Wenn es deshalb in Wahrheit um Zurechnungsfragen für Ver-halten geht, bleiben die Z u r e c h n u n g s m a ß s t ä -b e - im Normalfall das Verschuldensprinzip - entscheidend ⁵⁾. Die Annahme einer zur Garantiehftung führenden Deckungszusa-ge ist aus diesem Grunde nicht systemgerecht.

1) s.o. S. 42 ff d.A. zum Begrifflichen

2) Brunner, a.a.O., S. 36

3) Lutter, a.a.O., S. 282

4) Allgemein gegen diese Aushöhlung des Willenserklärungs-rechtes auch Flume, AcP 161 (1962), 52 ff (59) und aus an-derer Sicht Hübner, Festschr. für Nipperdey, Bd. I (1965), 373 ff (374)

5) Hübner, a.a.O., S. 388 allgemein

Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit könnten die Gründer eine Wertzusage dieser Art machen. Sie müßte als eine Art Garantieerklärung angesehen werden. Die Übernahme einer solchen Haftung wird für unsichere Sacheinlagen als zusätzliche Verpflichtung empfohlen ¹⁾. Alle Versuche, diese Erklärung schon für jeden Normalfall anzunehmen, unterstellen jedoch Willenserklärungen der Beteiligten, wo diese Erklärungen sicher nicht erfolgen. Schon das Stichwort vom "objektiven Erklärungswert", legt die Gefahr nahe, eine Garantiehaftung dieser Art über sogenannte "stillschweigende Erklärungen" ²⁾ zu konstruieren. Es gibt aber kein Verhalten der Gründer, das eine Auslegung als "Deckungszusage" zuließe. Auch unter Berufung auf § 242 BGB kann man hier nicht zu einer "konkludenten" Erklärung ³⁾ kommen, weil das Gesetz die "Zusage" nicht vorschreibt und der Rechtsverkehr also nicht damit rechnen kann; denn niemand gibt ohne Interesse oder Zwang mehr Rechte auf, als er hat, oder übernimmt mehr Pflichten, als er muß. Das Bestreben, eine "Erklärung" i.w.S. zu einem rechtlich relevanten Verhalten mit Haftungsfolgen zu machen ⁴⁾, bleibt bloße Konstruktion, um ein gewünschtes Ergebnis dem System anzupassen. Man versucht auf diesem Wege, das Willenserklärungsrecht des BGB auf nicht passende Fallgestaltungen auszudehnen, indem ein Wille der Betroffenen fingiert wird. - Diese Kritik gilt auch für die Entscheidung des BGH ⁵⁾, der die Wertzusage nur für den Fall "unzulässiger" Überbewertung annimmt. Die schwierige wirtschaftliche und juristische Unterscheidung zwischen zulässiger und unzulässiger Bewertung nimmt der Sacheinleger nicht in seinen Willen auf. Den Haftungsfall will der Sacheinleger gerade vermeiden. Seine Vorstellung schließt im Normalfall Konflikte, die sich aus der Gründung ergeben können,

1) von Godin-Wilhelmi, 2. Auflg. § 39 Anm. 10; Barz, Festschr. für Walter Schmidt, S. 169

2) So: BGH 7 (1953), 371 ff (373) für Auskunftsvertrag entgegen § 676 BGB

3) Vgl. Hanau, AcP 165 (1965), 220 ff (257) zur Dogmatik der konkludenten Willenserklärung und zu diesem Ansatz.

4) Dagegen: Flume, AcP 161 (1962), 52 ff (59)

5) BGH 29 (1959), 300 ff (306)

nicht ein. Der Einleger wird im übrigen bemüht sein, eine Garantieerklärung gerade dann nicht abzugeben, wenn die Bewertung einer Sacheinlage zweifelhaft erscheint. - Da weder Gesetz noch Vereinbarungen zwischen den Mitgründern eine Garantieerklärung zur Pflicht machen, wird mit der von Boesebeck¹⁾ begründeten h. Mg. ein Wille unterstellt, den ein Gründer nicht hat²⁾, den er vor allem nicht als gewollt erklären würde.

An der Überbetonung öffentlicher Interessen, am Widerspruch zur Verschuldenshaftung von § 46 und an der unzulässigen Fiktion einer Erklärung scheitert eine Kapitaldeckungszusage als Garantiehftung neben § 46.

b) Kritik an einer Erweiterung des Verbotes einer-
Unterpariemiission

Herbig³⁾ versuchte eine Werthftung aus dem Verstoß gegen gesetzliche Pflichten der Gründer zu erklären, die ohne Bezug auf Vertragsgrundsätze oder Zusicherungen der Gesellschaft gegenüber bestünden. Er beruft sich auf § 184 Abs. 1 HGB (§ 9 Abs. 1 AktG 1965; Verbot der Unterpariemiission) und kommt im Ergebnis zu einer Wertgarantie des Sacheinlegers. Wie Boesebeck wählt Herbig⁴⁾ Öffentlichkeitsinteressen im weitesten Sinne zum Ausgangspunkt. Dagegen müssen die gleichen Argumente angeführt werden⁵⁾.

Die aus § 9 abgeleitete Werthftung der Gründer läßt sich dadurch widerlegen⁶⁾, daß wie zur Deckungszusage die gesetzliche Wertung in § 46 (Verschuldensprinzip) entgegensteht. Es widerspricht auch der Systematik des Gesetzes und der Bedeutung von § 9, einem gesetzlichen Verbot die Rechtsfolge einer

1) Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436)

2) Lutter, a.a.O., S. 282

3) Herbig, DNotZ 1936, 332 ff (340, 341)

4) Herbig, a.a.O., S. 337: "Wahrhaftigkeit gegenüber den Volksgenossen".

5) S.o.S. 123 d.A.

6) A.A. auch Lutter, a.a.O., S. 280

Einstandshaftung beizulegen. Die Unterpariemiission hängt zusammen mit zahlreichen Kautelen des Gesetzes, die das Aufkommen des Grundkapitals sichern sollen ¹⁾. Wenn Herbig ²⁾ meint, daß eine Überbewertung von Sacheinlagen auf eine Unterpariemiission hinauslaufe, so ist damit nicht mehr bewiesen, als daß beide im Erfolg die gleiche schädliche Wirkung für die AG haben. Der weitere Schritt zu einer aus § 9 abgeleiteten Schadensersatzverpflichtung als Garantiehafung wird damit nicht gedeckt. Dabei ist hier unerheblich, ob die Unterpariemiission, d.h. der enge Anwendungsbereich von § 9, zweifelsgleich als Garantie einer Wertgleichheit zwischen Einlage und Kapitalsziffer aufgefaßt werden kann ³⁾.

§ 9 regelt im übrigen nicht den allgemeinen Grundsatz angemessener Bewertung. Das Aktiengesetz enthält diese Verpflichtung nicht ausdrücklich, geht aber in §§ 32 Abs. 2, S. 1 ⁴⁾, 34 Abs. 1 Nr. 2 ⁵⁾ und § 37 Abs. 2 Nr. 2 und 4 davon aus. Nach den Ergebnissen dieser Arbeit läßt sich die Verpflichtung zu angemessener Bewertung jedenfalls letztlich auf eine Treupflicht aus § 242 BGB zurückführen. Anders als das Verbot der Unterpariemiission, das nur bewußte, d.h. vorsätzliche Gestaltungen erfassen könnte ⁶⁾, kann ein Verstoß gegen Treupflichten auch bei fahrlässiger Schädigung ersatzpflichtig machen. Es gilt deshalb die allein systemgerechte Annahme, daß § 46 Treupflichtverstöße dieser Art abschließend erfaßt. Die Unterpariemiission begründet also keine Ersatzpflicht der Gründer als Garantiehafung neben § 46.

1) Großkomm.-Fischer, § 9 Anm. 3

2) Herbig, DNotZ 1936, 332 ff (339, 340)

3) So: Lutter, a.a.O., S. 280

4) Gleicher Wortlaut § 24 Abs. 2 S. 1 AktG 1937

5) Gleicher Wortlaut § 26 Abs. 1 Nr. 2 AktG 1937

6) Lutter, a.a.O., S. 280, 281

c) Kritik an einer "subsidiären Barzahlungspflicht"

Eine vordringende Meinung¹⁾ will diesen Konfliktsfällen bei Schädigung der AG ohne Verschulden und bei Abwicklung der Leistungsstörungsfälle mit dem Gedanken des Wertersatzes beikommen, dessen theoretische Grundlage z.T. eine "subsidiäre Barzahlungspflicht" ist²⁾.

Wie zur Wandlung oder Minderung wird hier der Rechtsgedanke aus § 27 Abs. 2 S. 3³⁾ angeführt⁴⁾. Eine "unwirksame Vereinbarung der Sacheinlage" steht danach der Unmöglichkeit der Leistung - sowohl der anfänglichen⁵⁾ wie nachträglichen⁶⁾ - gleich. Ohne Rücksicht auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechts müsse deshalb in voller Höhe gehaftet werden. Diese Werthaftung⁷⁾ bringt eine erhebliche Haftungsverschärfung mit sich. § 27 Abs. 2 S. 3 läßt zwar die gesetzliche Vorsorge für das Aufkommen des Grundkapitals erkennen; es heißt aber die Grenzen des Grundgedankens dieser Vorschrift überschreiten, wenn auf diesem Wege die gesamte Verschuldenshaftung des BGB ausgeschlossen würde.

§ 27 Abs. 2 S. 3 betrifft seinem Wortlaut nach den Fall einer "unwirksamen" Sacheinlage, für die der Einleger zur Einzahlung des Barbetrages verpflichtet ist. Die Vorschrift regelt also erkennbar nur einen Spezialfall. Das Verschuldensprinzip ist ein so elementares Kennzeichen der Haftung nach bürgerlichem Recht, daß es ausdrücklicher gesetzlicher Normierung⁸⁾.

- 1) Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 16, 17; Baumbach-Hueck, § 20 Anm. 2 E, 18 m.v.Nachw.; a.A.: RG in JW 1934, 3196; Düringer-Hachenburg-Bing, § 186 HGB Anm. 45; Teichmann-Koehler, § 20 Anm. 6 a; Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 15
- 2) Zurückgehend auf Mann, Sachgründung, S. 63 Nachw.; v. Gordin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 27 Anm. 5, 6
- 3) Gleicher Wortlaut § 20 Abs. 2 S. 2 AktG 1937
- 4) Mann, a.a.O., S. 63; Lutter, a.a.O., S. 269 zum Ausgangspunkt
- 5) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft S. 317
- 6) Großkomm.-Fischer, S. 129 d.A., Fußnt. 1; Würdinger, Aktienrecht, 1. Aufl., S. 63; Lutter, a.a.O., S. 269 Nachw.
- 7) Dagegen: Lutter, a.a.O., S. 282 Anm. 292
- 8) Palandt-Dankelmann, § 276 BGB, Anm. 10; v. Caemmerer, a.a.O., S. 63

bedarf, wenn für Ausnahmefälle ¹⁾ eine verschuldensfreie Werthaftung eingreifen soll. Die Sicherung der Kapitalgrundlage, als Anliegen des Gesetzes für eine Werthaftung immer wieder angeführt ²⁾, ruft konkretisierbare Pflichten der Gründer hervor ³⁾. Die Pflichtgebote bezeichnen aber nur den Mangel eines geschuldeten Erfolges ⁴⁾. Das Verschulden ist eine darüber hinausgehende Wertung des Verhaltens. Der weitere Schritt, die nach dem System unseres Gesetzes erforderlichen **P f l i c h t m a ß s t ä b e** zu überspringen, wird hier nicht gedeckt, weil die Interessenlage und die Faktoren ihrer Bewertung weder durch die Ausnahmenvorschrift ⁵⁾ § 27 Abs. 2 S. 3 noch durch andere Gründungsvorschriften einen Verzicht auf Verschulden für **a l l e** vertraglichen Leistungsstörungen ausdrücklich erkennen lassen. Sollte sich herausstellen, daß die vorhandenen Regelungen zum Schutz der gefährdeten Interessen nicht ausreichen, bleibt eine Haftungsverschärfung Aufgabe des Gesetzgebers. Das neue Aktienrecht hat mit § 66 Abs. 2 lediglich klargestellt, daß die Gründer eine Schadensersatzpflicht nicht abbedingen können. Die Vorschrift läßt unberührt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Ersatzpflicht entsteht.

4. Werthaftung in § 27 Abs. 2 S. 3

Als Fall einer Werthaftung bei Leistungsstörungen, die aus aktienrechtlichen Gründen wegen der Interessengefährdungen notwendig wurde, ist § 27 Abs. 2 S. 3 zu nennen. Diese Vorschrift soll nur einen Tatbestand ersetzen, der erkennbar ausgeklammert wurde: Ein Schadensausgleich soll in Fällen anfänglicher Unmöglichkeit nicht über § 307 BGB erfolgen ⁶⁾.

1) Vergl. für vertragl. Haftung: §§ 278, 287, 701, 459 ff, 537 f, 633 ff BGB; §§ 454, 456, 458, 459 HGB u.a.

2) Statt aller Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 16 und Schönle, NJW 1965, 2133 ff (2135 f)

3) S.o.S. 93 ff d.A. die Ausführungen zur Treupflicht.

4) Bruns, Recht und Pflicht, Festschr. für Nipperdey (1965), Bd. I, 3 ff (15) allgemein

5) Lutter, a.a.O., S. 282, Fußnt. 292

6) So aber noch v. Godin-Wilhelmi, 2. Auflg., § 20 Anm. 1

Eine nach § 306 BGB "nichtige" Vereinbarung gilt als "unwirksam" i.S.v. § 27 Abs. 2 S. 3 und führt zur Bareinzahlungspflicht¹⁾, weil das negative Interesse ein ungenügender Er-satz ist.

Alle anderen Leistungsstörungen sind unter ihren Voraussetzungen abzuwickeln; daneben besteht die Haftung aus § 46.

5. Gewährleistungsfälle

Eine verbreitete Meinung fordert bei Sach-²⁾ oder Rechts-mängeln³⁾ eine Werthaftung der Gründer. Der Rechtsgedanke aus § 27 Abs. 2 S. 3 (§ 20 Abs. 2 AktG 1937) legte diese Ansicht nahe⁴⁾. Andere Autoren⁵⁾ schließen die §§ 459 ff (493) BGB generell aus, weil die danach angeordnete Rechtsfolge der Wandelung oder Minderung für das Aktienrecht unbrauchbar sei, der Gesellschaft ihre Kapitalgrundlage zu erhalten.

Im Verhältnis zu § 46 stellt sich das umstrittene Problem einer Konkurrenz von Vertragshaftung und Gewährleistung nicht⁶⁾.

- 1) H.Mg.: Vergl. Müller-Erbach, Mitgliedschaft, S. 317; Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 16; Baumbach-Hueck, § 20 Anm. 2E; v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 27, Anm. 5, 6; Lutter, a.a.O., S. 269 Anm. 234; Scholz, a.a.O., § 5 GmbHG Anm. 18; a.A.: RGZ 68 (1908), 271 ff (275/6); v. Godin-Wilhelmi, 2. Auflg. § 20 Anm. 1; Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 15
- 2) Ritter, § 2 Anm. 2; Crisolli, ZHR 93 (1929), S. 226 ff (239 f); Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 20; Würdinger, a.a.O., S. 63; Lutter, a.a.O., S. 269; Walter Schmidt in Hachenburg, § 5 Anm. 28; Scholz, Komm. GmbHG, § 5 Anm. 17; ausführliche Nachw. bei Lutter, a.a.O., S. 269, Anm. 234; S. 270, Anm. 235
- 3) Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 18; Würdinger, Aktienrecht, 1. Auflg. S. 63; Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 404 ff (418); Lutter, a.a.O., S. 269; Schönle, NJW 1965, 2133 ff (2134 f); a.A.: RGZ 86 (1915), 210 ff (213 f), das es bei §§ 437, 445 BGB beläßt.
- 4) Crisolli, a.a.O., S. 239; Mann, a.a.O., S. 62, 63; Lutter, a.a.O., S. 269 weitere Nachw.
- 5) Müller-Erbach, Mitgliedschaft, 316 u. Nachw.; ebenso: RGZ 68 (1908), 271 ff (274); 86 (1915), 210 ff (214)
- 6) Anders im Verhältnis zur Vertragshaftung nach allgem. Grundsätzen bei Sacheinlage

Diese Fragen werden im Hinblick auf den Sonderrechtscharakter der §§ 459 ff BGB diskutiert, die einen Anspruch auf culpa in contrahendo ausschließen sollen, wenn falsche Angaben des Verkäufers die Eigenschaften der Kaufsache betreffen ¹⁾. Mit § 46 ist ein Schadensersatzanspruch gegeben, der auf eine aktienrechtliche Treubindung zurückgeht und nach dem System des Gesetzes neben der Gewährleistungshaftung eingreift. Diese Tatsache ist von großer Bedeutung. Würde eine Forderung oder ein sonstiges Recht als Sacheinlage eingebracht, müßte nach BGB (§§ 445, 437 BGB) nur für den rechtlichen Bestand ²⁾ gehaftet werden. Mit § 46 Abs. 2 und 3 ist ein Anspruch neben der verschuldensfreien Gewährleistungshaftung gegeben.

Wenn die Gesellschaft das Recht haben soll, sich von einer mangelhaften Einlage zu trennen, müssen die Rechtsfolgen der besonderen Interessenlage und den gesetzlichen Wertungen des Kapitalgesellschaftsrechts angepaßt werden. - Crisolli ³⁾ hat es grundlegend unternommen, Gewährleistungsvorschriften und das aktienrechtliche Verbot von Einlagenrückgewähr in Beziehung zu setzen. Seiner Begründung aus der Gesamttaktstheorie Otto v. Gierkes ⁴⁾ und aus einer Erklärung an die Öffentlichkeit ⁵⁾ bedarf es jedoch nicht. Man braucht dafür auch nicht eine "Deckungszusage" zu bemühen ⁶⁾. §§ 27 Abs. 2 S. 3, 57 ⁷⁾ und § 66 ⁸⁾ enthalten den Rechtsgedanken, daß die einmal festgelegte Kapitalgrundlage und die davon abhängigen Mitgliedstel-

1) RGZ 135 (1933), 339 ff (346) stdg. Rechtsp.: Soergel-Ballerstedt, § 459 Anm. 32; a.A.: Diederichsen, BB 1965, 401 ff (403) mit zahlr. Nachw.

2) So jetzt ausdrücklich für GmbH: BGH, NJW 1966, 1311 ff (1312 r. Sp. a.E.); zu § 437 BGB: RGZ 86 (1915), 210 ff (213) 3) Crisolli, ZHR 93, a.a.O., S. 240 f

4) Crisolli, a.a.O., S. 241

5) Crisolli, a.a.O., S. 242; ähnlich jetzt Schönle, NJW 1965, 2133 ff (2136)

6) Unter Berufung auf Boesebeck, jetzt auch v. Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 27 Anm. 5 für diesen Fall. Ebenso: Großkomm.-Fischer, § 20 Anm. 20

7) Teichmann-Koehler, § 20 Anm. 6; vergl. ebenso: § 52 AktG 1937

8) Schlegelberger-Quassowski, § 20 Anm. 11

len erhalten bleiben müssen. Die gleichen gesetzlichen Bewertungsfaktoren lassen sich darüber hinaus allen Kautelen zur Sicherung der Kapitalaufbringung entnehmen. Dieser Ordnungsgrundsatz verbietet es auch, § 464 BGB anzuwenden ¹⁾.

§ 27 Abs. 2 S. 3 kann für Wandelung und Minderung im Gegensatz zu den Leistungsstörungsfällen die Rechtsfolgen bestimmen. Der Gedanke des Wertersatzes ist dem Gewährleistungsrecht des BGB allerdings ebenfalls fremd; auch der Nachlieferungsanspruch von § 480 Abs. 2 BGB gibt als ursprünglicher Erfüllungsanspruch ²⁾ keinen Ersatz in diesem Sinne. Während bei Leistungsstörungsfällen anderer Art aber die Verschuldensmaßstäbe als wichtigste Voraussetzungen eines Anspruches ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung nicht ersetzt werden konnten, wird zur Gewährleistung nur die R e c h t s - f ö l g e den gesetzlichen Wertungen eines Sonderrechtsgebietes angepaßt, da eine interessengerechte Lösung hier nach den allgemeinen Grundsätzen nicht möglich erscheint.

Die Gründer haben in Gewährungsfällen also die mangelhafte Einlage zurückzunehmen und einen entsprechenden Barbetrag als Ausgleich beizusteuern.

B. Haftung gegenüber Mitgründern, Aktionären und Gläubigern

1. Allgemeines

Schon vor Inkrafttreten der Novelle 1884 war die Haftung gegenüber Aktionären und Dritten ein viel diskutiertes Problem ³⁾. Die Frage, ob man § 39 AktG 1937 und seine Vorläufer als

- 1) Hier gelten die gleichen Argumente wie oben S. 75 d. A. (Zusammenwirken der Gründer). Im Ergebnis ebenso, jedoch mit anderer Begründung: RGZ 159 (1939), 431 ff (433); v. Godin-Wilhelmi, 3. Auflg., § 27 Anm. 5
- 2) BGH in NJW 1958, 415 ff (418); Palandt-Gramm, § 480 BGB, Anm. 2
- 3) Vgl. Lehmann-Ring, § 202 HGB, Anm. 1; Goldmann, § 202 HGB, Anm. 2

Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen hätte, wurde später mit unterschiedlichem Ergebnis erörtert ¹⁾. Gläubiger und Aktionäre können sich nach einer verbreiteten Meinung ²⁾ auf die Strafvorschrift des § 399 berufen.

Alle Autoren, die § 399 Abs. 1 als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB ansehen, müßten erwägen, daß die Gesellschaft "Interessenausgleichsstelle" ³⁾ ist.- Im Aktienrecht nehmen nur Gadow ⁴⁾ und Teichmann-Koehler ⁵⁾ gegen die h.Mg. Stellung. Bei gleichliegender Problematik zu §§ 9, 82 Abs. 1 GmbHG wird diesen Bestimmungen der Charakter von Schutzgesetzen jedoch häufig abgesprochen ⁶⁾. Die zivilrechtlichen Folgen seien in § 9 GmbHG abschließend geregelt ⁷⁾. - Gadow ⁸⁾ lehnt § 295 AktG 1937 (§ 399) ebenfalls als "Umweg" ab, den das Gesetz nicht vorsehe. Diesen Ausführungen ist im Ergebnis zuzustimmen.

Der Gedanke, daß mit der Durchsetzung eines Gesellschaftsanspruches der Schaden von Gläubigern und Aktionären mit abgegolten ist ⁹⁾, hätte dazu führen müssen, Ansprüche dieser Beteiligten auszuschließen; denn wenn einem Begünstigten der

-
- 1) Nachw. zu dieser heute nicht mehr aktuellen Frage vgl. Großkomm.-Gadow (1939), § 39 Anm. 3; Makower, § 202, I, b, 2; Staub-Pinner, § 202 Anm. 3, unter Berufung auf RGZ 18, 64; Die Entscheidung betrifft altes Recht (vor 1884) und ist deshalb nicht verwertbar.
 - 2) Ritter, § 39 Anm. 11; Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 4; Großkomm.-Klug, § 295 Anm. 3; Baumbach-Hueck, § 39 Einführung, 1, B; Teichmann-Koehler, § 295 Anm. 5; Wolany, AG 1966, 118 ff (124); a.A.: Großkomm.-Gadow (1939) § 39 Anm. 3; von Godin-Wilhelmi, 3. Aufl., § 94 Anm. 2
 - 3) S.o.S. 63 d.A.
 - 4) Großkomm.-Gadow (1939), § 39 Anm. 3, 4
 - 5) Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 3 (zweifelnd)
 - 6) RG, Recht 1913, Nr. 2639; Teichmann-Koehler, § 39 Anm. 3; Scholz, § 82 GmbHG Rdn. 2; Vogel, § 82 GmbHG Anm. 1; Baumbach-Hueck, Komm.-GmbHG, § 82 Anm. 1; ähnlich: RGZ 73 (1910), 30 ff (33 f); a.A.: Sudhoff, GmbHRSch 1965, 108 ff (110)
 - 7) Scholz, a.a.O., § 82 GmbHG Rdn. 2
 - 8) Großkomm.-Gadow, (1939), § 39 Anm. 3
 - 9) S.o.S. 64 d.A. und Großkomm.-Fischer, § 39 Anm. 4; Ritter, § 39 Anm. 11; v. Godin-Wilhelmi, vor § 39 - 44 Anm. 3

Anspruch (hier § 46) eingeräumt wird, scheidet damit eine Vorschrift, die auf das gleiche Interesse ginge, in der Regel als Schutzgesetz aus ¹⁾. Dafür spricht auch die Gefahr einer Doppelinanspruchnahme ²⁾. Die praktische und gewollte Form des Schadensausgleichs über einen Anspruch der Gesellschaft ließe sich durch Gläubigerrechte stören. Dieses Moment der Rechtsunsicherheit kann nur dadurch ausgeschaltet werden, daß im Normalfall nur die Gesellschaft anspruchsberechtigt ist. Die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen anderer Beteiligter wird durch § 46 gehindert.

Solange Mitgründer, Aktionäre und Gläubiger nichts vortragen, was über den Normalfall eines Gründungsverstoßes hinausgeht, darf die fahrlässige Schädigung der Gesellschaft nur über einen Gesellschaftsanspruch abgewickelt werden.

2. Besondere Rechtsverhältnisse

Besondere Fälle können aber nahelegen, daß die Gründer gegenüber anderen Geschädigten als der Gesellschaft haften. - Diese Notwendigkeit ergibt sich, wenn die Gesellschaft nicht eingetragen wird. Da ein Schadensausgleich über den Anspruch der AG nach § 46 nicht stattfindet, können alle Betroffenen gegen die handelnden Gründer vorgehen. Soweit nicht schon § 41 Abs. 1 S. 2 einen Ausgleich schafft, können sich die Geschädigten aus Vertrag oder aus Delikt an die Gründer halten ³⁾.

Der BGH ⁴⁾ ließ den Anspruch eines Mitgründers aus culpa in contrahendo in einem ähnlichen Fall zu, weil sich ein ausgeschiedener Gründer sittenwidrig hohen Gründungsaufwand ausbeudungen hatte. Der Geschädigte konnte nachweisen, daß er der Vorgesellschaft nicht beigetreten wäre, wenn er die Pflichtwidrigkeit erkannt hätte. - Diese Interessen- und Rechtslage

1) Knöpfle, NJW 1967, 697 ff (697) allgemein

2) Silbernagel, a.a.O., S. 406; RGZ 159 (1939), 211 ff (223)

3) Düringer-Hachenburg, § 202 HGB Anm. 6

4) BGH, AG 1961, 355 ff (356) = JR 1962, 59 ff (60)

ergibt sich auch dann, wenn einzelnen Mitgründern, Aktionären und Gläubigern Zusicherungen ¹⁾ mit besonderer Vertrauenswerbung gemacht werden. Ein aufgrund betrügerischer Versprechungen geschädigter Unternehmer kann ein lohnendes Geschäft wegen seiner Beteiligung an der AG versäumen und deshalb einen weitergehenden Schaden geltend machen. Zu dieser Fallgruppe sollte auch die persönliche arglistige Werbung eines Gründers um Kreditgewährung an die AG gezählt werden ²⁾.

Der Rückgriff auf die Gründer bei bestehender AG gehört dann zur sog. Durchgriffshaftung ³⁾. Im Normalfall haben die Gläubiger nur die Möglichkeit, einen Anspruch der Gesellschaft aus § 46 zu pfänden und sich überweisen zu lassen. Ob darüber hinaus aus der Durchgriffshaftung weitere Ansprüche gegen die Gründer bestehen, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht abschließend untersucht werden, zumal die Streitfragen um die Durchgriffshaftung noch nicht endgültig geklärt sind ⁴⁾.

3. Analogie zu § 93 Abs. 5 (§ 116)

Für Gläubigerrechte ist eine Besonderheit der Organhaftung anzuführen, die das Gesetz zur Gründerhaftung nicht aufgenommen hat. § 46 enthält keine den §§ 93 Abs. 5 ⁵⁾, 117 Abs. 5 entsprechende Regelung. - Bei organähnlichen Pflichten (§ 46) liegt nahe, eine entsprechende Anwendung von § 93 Abs. 5 zu erwägen. Diese Vorschrift stellt keinen eigenen Anspruch der Gläubiger auf ⁶⁾, sondern gewährt nur ein Verfolgungsrecht ⁷⁾, den Anspruch der AG geltend zu machen. Der Ausnahmecharakter von § 93 Abs. 5 soll nach Schilling ⁸⁾ jede Übertragung die-

1) von Godin-Wilhelmi, 2. Auflg., vor §§ 39 - 44 Anm. 3.a.E; so schon Kayser, a.a.O. (1884), S. 84

2) BGE 49, II, 295 ff für schwz. Recht

3) Schnorr v. Carolsfeld, DNotZ 1963, 404 ff (412)

4) Dazu gehört auch die Problematik zur Unterkapitalisierung s.o.S. 101 d.A. Nachw.

5) Vergleiche Wortlaut § 84 Abs. 5 AktG 1937

6) Streitig nur für das ältere Recht (§ 241 HGB)

7) Großkomm.-Schilling, § 84 Anm. 39

8) Großkomm.-Schilling, § 84 Anm. 39 a.E.

ses Rechtsgedankens verbieten. - Der bekannte Rechtssatz "singularia non sunt extenda" ist jedoch problematisch ¹⁾. Entscheidende Frage bei einer Analogie zu Sonderregelungen bleibt, ob die verschiedenen Rechtsgebiete Gemeinsamkeiten aufweisen, so daß eine Übertragung gerechtfertigt erscheint. Eine Analogie ist in den Grenzen des "Grundgedankens" ²⁾ einer Vorschrift zulässig.

§ 93 Abs. 5 hat den Hauptzweck, zugunsten der Gläubiger Einwände der Organe gegen ein Forderungsrecht der Gesellschaft auszuschließen (§ 93 Abs. 5 S. 3) ³⁾. Da die Gläubiger einen Anspruch der AG geltend machen, müßten sie sich andernfalls entgegenhalten lassen ⁴⁾, daß die Handlung der Organe auf einem Beschluß der Hauptversammlung (§ 93 Abs. 4) beruhe. - Dieser Einwand ist den Gründern versagt; sie sind auch dann haftbar, wenn sie aufgrund gemeinsam gefaßten Beschlusses die Gesellschaft schädigen ⁵⁾. Somit bleiben als Einwände nur die in § 50 wie in § 93 Abs. 4 S. 3 erwähnten Verzichtserklärungen oder Vergleiche. In diesen Fällen erscheint es angebracht, § 93 Abs. 5 für die Gründerhaftung heranzuziehen. Der Wortlaut von § 50 S. 1, 1. Altn., S. 2 und § 93 Abs. 4 S. 3 und 4 stimmt überein. So wenig wahrscheinlich bei den aufgestellten Minderheitserfordernissen Vergleich oder Verzicht zustandekommen, sollte eine gesetzliche Regelung doch den möglichen Extremfällen einer Gläubigerbenachteiligung gerecht werden. Es mag der Erfahrung widersprechen, daß drei Jahre nach Eintragung der Gesellschaft alle Gründer eines Schwindelunternehmens, die einen Vergleich oder Verzicht beschließen, sämtliche Mitgliedstellen einnehmen. Dieser Fall ist aber nicht undenkbar.

1) Engisch, Einführung, S. 147

2) Engisch, a.a.O., S. 148; ähnlich: BGHZ 17 (1955), 266 ff (282 f)

3) Deutlicher in § 84 Abs. 5 S. 3 AktG 1937

4) H.M.G.: Baumbach-Hueck, § 84 Anm. 8; Großkomm.-Schilling, § 84 Anm. 40; a.A.: Schlegelberger-Quassowski, § 84 Anm. 22

5) S.o.S. 75 d.A.

Diese Gefahr will das Schweizer Recht ¹⁾ ausschalten. Gemäß Art. 753 rev. OR sind auch die Gläubiger neben der Gesellschaft anspruchsberechtigt. Deshalb suchte man einen Weg, die doppelte Inanspruchnahme der Gründer zu vermeiden. Konfliktsfälle dieser Art werden auf dem Weg über den Schadensbegriff ausgeschaltet. Die Gesellschaft soll als "unmittelbar" ²⁾ Geschädigte zunächst anspruchsberechtigt sein. Bei "Unsicherheit der Geltendmachung des Anspruches durch die Gesellschaft" ³⁾ haben auch die Gläubiger einen Anspruch. Dieses Kriterium erscheint jedoch zu vage. - Für das deutsche Recht konkretisiert sich diese "Unsicherheit" bei Verzichten und Vergleichen durch die Hauptversammlung (§§ 50, 147) zu einer Gefahr für die Gläubiger. Die gesetzliche Grundlage und den konstruktiven Weg für einen Interessenausgleich bietet § 93 Abs. 5, der eine "action directe" von Gläubigern vorsieht.

Der Normzweck dieser Vorschrift, den Gläubigern einen leichteren und schnelleren Zugriff als die umständliche Pfändung des Gesellschaftsanspruchs ausnahmsweise zu lassen, deckt eine analoge Anwendung bei Gründungsverstößen. - § 48 (Haftung der Organe im Gründungsstadium) ist nach einhelliger Meinung ⁴⁾ mit § 93 in der Rechtsnatur gleichzusetzen. Die Vorschrift bestätigt das hier gefundene Ergebnis, weil § 48 dennoch ohne zwingenden Grund eine § 93 Abs. 5 entsprechendes Gläubigerverfolgungsrecht nicht vorsieht, sondern pauschal auf § 46 verweist.

1) Das Schweizer Recht hat sich im übrigen an der Novelle 1884 orientiert.

2) Schucany, Komm. OR, Art. 753 Anm. 1,2; Guhl, a.a.O., S. 519

3) Guhl, a.a.O., S. 520

4) RGZ 144 (1934), 348 ff (353); Ruth, JW 1937, 685 ff; Großkomm.-Schilling, § 84 Anm. 3; Teichmann-Koehler, § 41 Anm. 1

§ 14 Gründerhaftung im Recht der GmbH

I. Spezialinstitute des GmbH-Rechtes

Das GmbHG enthält keine besondere Gründerhaftung. Die Ergebnisse zur Rechtsnatur der Gründerhaftung im Aktienrecht können aber Einfluß haben auf die zahlreichen und oft diskutierten Streitfragen zur GmbH-Gründung. Wie schon oft hervorgehoben ¹⁾ vermißt man gerade in letzter Zeit, daß eine Gründerhaftung im GmbH-Recht nicht ausdrücklich normiert ist. Im französischen Recht gibt es eine solidarische Haftung der Gesellschafter für Überbewertung von Sacheinlagen der GmbH ²⁾. Im übrigen entsprechen sich dort Gründerhaftung nach Aktien- und GmbH-Recht ³⁾.

§ 9 Abs. 1 GmbHG betrifft die Verantwortlichkeit von Anmeldern für die Richtigkeit der bezeichneten Angaben. Zur Anmeldung (§ 7 Abs. 2 GmbHG) sind nur die Geschäftsführer berechtigt ⁴⁾. Die Haftung der Gründer wird durch § 9 nicht ausdrücklich normiert. Das zeigt sich vor allem dann, wenn die Gründer entgegen § 78 GmbHG die Anmeldung vornehmen ⁵⁾. - Dennoch erwähnt das Gesetz in § 46 Nr. 8 Ansprüche aus der "G r ü n d u n g" oder Geschäftsführung der Gesellschaft. Das Dilemma fehlender gesetzlicher Normierung dieser "Ansprüche" aus § 46 Nr. 8 GmbHG hat zu resignierten Stellungnahmen geführt, wie der von Walter Schmidt ⁶⁾, die Gründerhaftung im Recht der GmbH "entbehre der sicheren Rechtsgrundlage" ⁷⁾.

1) S.o.S. 7 d.A.

2) Däubler, GmbHRSch 1964, 133 ff (134)

3) Lutter, a.a.O., S. 66, Anm. 39

4) Vergl. § 78 GmbHG; Baumbach-Hueck, Komm.GmbHG, § 7 Anm. 2; Scholz, a.a.O., § 7 Anm. 4; Schilling in Hachenburg, § 7 Anm. 7

5) Brunner, a.a.O., S. 46, 47

6) Walter Schmidt in Hachenburg, § 46 Anm. 49 a

7) Baumbach-Hueck, § 46 Anm. 10; weiter noch geht Hachenburg in Staub-Hachenburg, § 9, Anm. 28: "§ 46 Nr. 8 ist gegenstandslos"; a.A. RGZ 100 (1921), 173 ff (177)

Die Rechtsnatur von § 9 Abs. 1 GmbHG ist nicht geklärt. Nach früher einhelliger ¹⁾ und heute bestrittener ²⁾ Auffassung legt § 9 GmbHG den Geschäftsführern eine verschuldensfreie Garantiehaftung auf. Die Begründung beschränkte sich auf einen Hinweis zum Bericht der Reichstagskommission ³⁾, die einen Exculpationsbeweis aus der Vorlage gestrichen hatte. Zutreffend verweisen die Gegner dieser Ansicht ⁴⁾ auf die Verschuldenshaftung von § 46 AktG 1965. Außerdem ist die Organhaftung in §§ 48, 93 AktG 1965 und § 43 GmbHG ebenfalls an Verschulden gebunden. Es muß also auch in dieser Frage ein methodisch anfechtbares Festhalten an historischer Interpretation aufgegeben werden, um einen Wertungswiderspruch zu vermeiden. § 9 GmbHG in Verbindung § 43 Nr. 8 GmbHG stellt eine Verschuldenshaftung auf.

II. Analogie zur Gründerhaftung im Aktienrecht

A. Allgemeines

Der Meinungsstreit zur Gründerhaftung im Recht der GmbH reicht vom Vorschlag einer Garantiehaftung der Gründer ⁵⁾ über die weitaus herrschende Meinung zur Deliktshaftung ⁶⁾ bis zur Ent-

- 1) Hachenburg, LZ 1909, 15 ff (31 r.Sp.); Staub-Hachenburg, § 9 Anm. 5 a; Feiner, a.a.O., S. 223; Brodmann, § 9 Anm. 2 a; Parisius-Crüger, § 9 Anm. 1; Laute, a.a.O., S. 65; Stolz, a.a.O., S. 76
- 2) Für Garantiehaftung: Scholz 2. u. 3. Auflg., § 9, 4; Wal-ter Schmidt in Hachenburg § 9, 5; a.A.: Vogel, § 9 Anm. 1; Scholz, 5. Auflg., § 9 Anm. 4; Baumbach-Hueck, Komm.GmbHG, § 9 Anm. 1 B; ohne eigene Stellungnahme -wohl für Verschul- denshaftung - Sudhoff, GmbHRSch 1965, 108 ff (110)
- 3) Brodmann, Komm.GmbHG, § 9 Anm. 2 a unter Hinweis auf den Bericht der Reichstagskommission; ebenso: Parisius-Crüger, § 9 Anm. 1
- 4) S.o.S. 140 d.A. FuBnt. 2 unter a.A.
- 5) Hachenburg, LZ 1909, 15 ff (31); ebenso von anderer Grund- lage aus Boesebeck, DR 1939, 434 ff (436) und die andere o.S. 123 d.A. angeführte Lit. zur Kapitaldeckungszusage.
- 6) S.o.S. 4, 5 d.A. FuBnt. 4 und RGZ 100 (1921), 175 ff (177); Brodmann, Komm.GmbHG, § 46 Anm. 9; Baumbach-Hueck, Komm.- GmbH, § 46 Anm. 10; Schmidt in Hachenburg, § 9 Anm. 28, 29

scheidung des Reichsgerichts ¹⁾ über "gesellschaftliche Pflichtverstöße" ²⁾. Die Argumentationen zum Rechtscharakter der Haftung decken sich häufig mit denen zur Gründerhaftung im Aktienrecht. Brunner ³⁾ und Wolany ⁴⁾, die die Gründerhaftung als Ausdruck von § 826 BGB ansehen, kommen zu dem Ergebnis, § 46 AktG müsse im GmbH-Recht analog angewendet werden. Überwiegend lehnt man diese Übertragung aktienrechtlicher Grundsätze ab ⁵⁾, weil § 46 ein Sondertatbestand des Aktienrechts sei.

B. § 46 Abs. 5

Der BGH ⁶⁾ hat in einem vielbesprochenen Urteil § 39 Abs. 5 AktG 1937 (46 AktG 1965) als allgemeinen Rechtsgedanken des Kapitalgesellschaftsrechts bezeichnet und für das GmbH-Recht herangezogen. Die Kritik an der Entscheidung ⁷⁾ richtet sich gegen die Auffassung des BGH, der Hintermann müsse in vieler Hinsicht passiv dem Gründer gleichgestellt werden. Auf diese Weise solle die Ausfallhaftung aus § 24 GmbHG und aus § 30 GmbHG gegen ihn wirken. Es erscheint zweifelhaft, ob sich diese Rechtsfolgen aus § 46 Abs. 5 ableiten lassen, da eine Haftung aus §§ 24, 30 GmbHG nicht zum Gründungsrecht gehört ⁸⁾.

1) RGZ 159 (1939), 331 ff (336); Scholz, § 46 Anm. 7

2) S. Fußnt. 1

3) Brunner, a.a.O., S. 71 (2)

4) Wolany, Gesellschafter einer GmbH, S. 53, 54, der diese Auffassung irrtümlich als h.Mg. bezeichnet.

5) Bergmann, Diss. jur. a.a.O., S. 54; Goerdeler, Festschr. für Walter Schmidt (1959), S. 138 ff (140); RG, Holdheim X, 142 ff (142); OLG Colmar, OLGE 12 (1906), 447 ff, Walter Schmidt in Hachenburg § 9 Anm. 28; Scholz, § 46 Anm. 21; KG, JW 1934, 3073 ff (3073) 1. Sp.

6) BGH 31 (1960), 258 ff (267) = JZ 1960, 539 ff = GmbHRSch 1960, 43 ff

7) Sie wird überwiegend abgelehnt: Ballerstedt, JZ 1960, 513ff; Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 98 mit zahlr. Nachw.; Wolany, a.a.O., S. 43 ff; zustimmend: Fischer, LM Nr. 4 zu § 2 GmbHG (Präsident des entscheidenden Senates); Reinecke, AG 1962, 66 ff (70)

8) Ballerstedt, JZ 60, 513 ff (514); Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 96

Die weitgehenden Folgerungen des BGH aus § 46 Abs. 5 sollen hier nicht untersucht werden. Man muß aber der Meinung entgegengetreten, die eine Anwendung von § 46 Abs. 5 im GmbH-Recht generell ablehnt ¹⁾. Die Vorschrift kann auf analoge Voraussetzungen stoßen, wenn sie ein *G r ü n d u n g s i n t e r e s s e* - unabhängig von §§ 24, 30 GmbH - betrifft ²⁾. Es gibt keinen zwingenden Grund, im Recht der GmbH Strohmanschwindel gefahrlos zu lassen, den im Aktienrecht Haftungs-sanktionen bedroht. § 46 Abs. 5 ist danach für einen begrenzten Bereich im Recht der GmbH entsprechend anzuwenden; die entscheidende Frage lautet jedoch, welche Haftung die GmbH-Gründer trifft, damit eine Analogie zu § 46 Abs. 5 - einer bloßen Verweisungsnorm - als Rückgriffshaftung praktisch werden kann.

C. § 46 Abs. 2 - 4

Wenn § 46 Abs. 2 - 4 AktG als Ausdruck einer organähnlichen und mitgliedschaftlichen Treupflicht übertragen ³⁾ werden soll, muß die GmbH-Gründung an diesen Grundsätzen gemessen werden. Das GmbHG erwähnt die Gründer nicht; es ist jedoch nicht zutreffend, daraus abzuleiten, daß diese Verbandsform kein spezielles Gründungsinteresse mit sich bringe ⁴⁾. Wie im Aktienrecht nehmen die Gründer in organähnlicher ⁵⁾ Rechtsstellung durch Feststellung der Satzung (§ 2 GmbHG), durch Bewertungserklärungen auf die Gestaltung der späteren GmbH Einfluß. Im Recht der GmbH wie im Aktienrecht wirken die Rechte und Pflichten des Gesellschaftsvertrages unmittelbar für und gegen die AG ⁶⁾. Es finden sich weitere Übereinstimmungen,

1) So: Ballerstedt, JZ 1960, 513 ff (518 r.Sp. a.E.); dagegen Gruber, a.a.O., S. 42 ff

2) So ausdrücklich: Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 99

3) Ausdrücklich: Wolany, a.a.O., S. 51 für Analogie aus anderen Gründen

4) Lange, a.a.O., S. 110 vertritt diese Auffassung.

5) Karl Wieland, Handelsrecht Bd II, S. 74 und Bayer, a.a.O., S. 117 für Organstellung

6) BGH, NJW 1966, 1311 ff (1312) unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 GmbHG

die für Treupflichten der GmbH-Gründer und für Haftungsfolgen sprechen.

Die GmbH enthält ein stärkeres personales Element als die AG ¹⁾. Die meist übersehbare Anzahl von Gesellschaftern läßt es selbst in der sog. kapitalistischen GmbH nicht zu, eine Entpersönlichung der mitgliedschaftlichen Beziehungen wie bei Aktiengesellschaften anzunehmen. Auch die Kollektivhaftung in § 24 GmbHG ist Ausdruck eines personengesellschaftlichen Merkmals, geht doch das Einstandsprinzip auf engere Beziehungen der Gesellschafter zurück ²⁾. Die Treupflicht der Gesellschafter einer GmbH wird deshalb vielfach bejaht ³⁾.

Eine Überbewertung von Sacheinlagen bei der GmbH sollte als markantester Fall von Gründungsschwindel ⁴⁾ in Ergebnis und Rechtsnatur nicht anders als im Aktienrecht zu lösen sein. Eine früher h.Mg. ⁵⁾ nahm für das GmbH-Recht zwar eine weitgehende Bewertungsfreiheit an. Diese Ansicht wird heute überwiegend abgelehnt ⁶⁾. Dem Stammkapital kommt für die Interessengefährdung ⁷⁾ eine ähnliche Bedeutung zu wie dem Grundkapital der Aktiengesellschaft. Auch die sorgfältige Bewertung einer GmbH-Einlage ist als eine Pflicht gegenüber der "werdenden Gesellschaft" ⁸⁾ aufzufassen. Solange die immer

-
- 1) RGZ 164 (1940), 257 ff (262); BGHZ 14 (1954), 25 ff (38); zur Treupflicht von GmbH-Gesellschaftern: Schilling in Hachenburg, § 14 Anm. 26 ff; Schumann, Handelsrecht I, S. 386; Eichler, Vertrauen, S. 66; Zöllner, a.a.O., S. 336; Manfred Kühn, Minderheiten, S. 32
 - 2) Ottmar Kuhn, a.a.O., S. 24, 25; Brodmann, Komm.GmbHG, § 1 Anm. 2; Scholz, Einlgt. 2, S. 28; Julius von Gierke, Handelsrecht, S. 406
 - 3) So auch BGHZ 14 (1954), 25 ff (38) Nachw.
 - 4) Ballerstedt, GmbHRSch 1967, 66 ff (68); Ulbrich, GmbH-Rsch (1966), 249 ff (250) zu den Gefahren.
 - 5) RG; JW 1913, 1040 Nr. 11; KG, JW 1934, 1124 Nr. 1
 - 6) Von unterschiedlicher dogmatischer Grundlage aus: Grisolli, JW 1934, 1124 1. Sp.; Herbig, DNotZ 1936, 332 ff; RGZ 159 (1939), 321 ff (336, 337); Brunner, a.a.O., S. 35 ff; Scholz, GmbHRSch 1957, 67 ff (69); Wolany, a.a.O., S. 8 u.v.a.; vgl. aber Ulbrich im GmbHRSch 1966, 249 ff (250)
 - 7) Brunner, a.a.O., S. 63; Ballerstedt, Kapital, S. 95
 - 8) Ballerstedt, GmbHRSch 1952, 1 ff (4 1. Sp.)

wieder geforderte Gründerhaftung im GmbH-Recht nicht eingeführt ist, kann eine Analogie zu § 46 Abs. 2 - 4 Konfliktsfälle aus der Gründung lösen.

D. Sonderregelung in § 9 Abs. 1 GmbHG (§ 46 Abs. 1 AktG)

Da § 9 GmbHG den Fall einer Haftung für falsche Angaben betrifft, könnte die Vorschrift als gesetzliche Spezialregelung im Recht der GmbH § 46 Abs. 1 AktG vorgehen.

Der Ausnahmefall, daß sich ein Gründer, der nicht zugleich Geschäftsführer ist, an der Anmeldung beteiligt, wird wegen der zwingenden Vorschrift des § 78 GmbHG in der Praxis kaum vorkommen. Die Frage, ob § 9 Abs. 1 GmbHG dann auch für die Haftung der Gründer gilt, ist umstritten ¹⁾. Scholz ²⁾, der eine Anwendung von § 9 Abs. 1 GmbHG in diesen Fällen mit eingehender Begründung ablehnt, führt an, daß eine entgegen § 78 GmbHG vorgenommene Anmeldung wirkungslos sei. Diese Auffassung ist aber anzuzweifeln, sofern sich einzelne Gründer ~~n e b e n~~ den zuständigen Geschäftsführern an der Anmeldung beteiligen, und der Registerrichter sich auf Angaben der Gründer verläßt. In diesem seltenen Konflikt sollte § 9 Abs. 1 auch auf Gründer angewendet werden.

Dafür spricht auch § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG, der Mitglieder bei falscher Anmeldung mit Strafe bedroht. Die Ansicht, es handele sich in § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG "unstreitig" um ein "redaktionelles Versehen" ³⁾, ist weder unbestritten ⁴⁾ noch überzeugend. Das Reichsgericht ⁵⁾ und Scholz ⁶⁾ entnehmen die Auslegung der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Die an der Gesetzgebung beteiligten Personen mögen eine § 78 angepaßte

1) Gegen eine Haftung der Gründer aus § 9 Abs. 1 GmbHG: Scholz, § 46 Rdn. 21, § 9 Anm. 2; Crüger-Crecelius, § 9 Anm. 1; Baumbach-Hueck, Komm.GmbHG, § 9 Anm. 1; Yogel, § 9 Anm. 1; a.A.: Brodmann, Komm.GmbHG, § 9 Anm. 1; Liebmann-Saenger, § 9 Anm. 1; Brunner, a.a.O., S. 71

2) Scholz, § 9 Rdn. 2

3) Scholz, § 9 Rdn. 2

4) Für eine Anwendung von § 82 Abs. 1 GmbHG in diesen Fällen; Staub, Komm.GmbHG, § 82 Anm. 1; Liebmann-Saenger, § 82 Anm. 2; weitere Nachw. RGSt 40 (1908), 191 ff (193)

5) RGSt 40 (1908), 191 ff (192 f)

6) Scholz, § 9 Rdn. 2 mit weiteren Nachw.

Umgestaltung von § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG ihren Absichten entgegen unterlassen haben. Ihr Wille und ihre Vorstellungen geben aber kein entscheidendes Gewicht für die Auslegung ab ¹⁾. Auch Liebmann-Saenger ²⁾ weisen darauf hin, daß sich der Registerrichter in Einzelfällen auf Gründerangaben verlassen könne. Die Treuwidrigkeit des Gründerverhaltens rechtfertigt sowohl eine strafrechtliche, dem Wortlaut von § 82 Nr. 1 GmbHG entsprechende Haftung wie eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit aus § 9 Abs. 1 GmbHG. - Eine Analogie zu § 46 Abs. 1 AktG entfällt also, da § 9 Abs. 1 GmbHG als Spezialvorschrift eingreift.

Eine davon unabhängige und - soweit ersichtlich - nicht diskutierte Frage geht dahin, wie weit § 46 Abs. 1 AktG zur Interpretation von § 9 Abs. 1 GmbHG herangezogen werden sollte. § 46 Abs. 1 fordert die Richtigkeit und V o l l s t ä n - d i g k e i t der Angaben und geht mit diesen Voraussetzungen über § 9 Abs. 1 GmbHG hinaus, der nur "Richtigkeit" der Angaben erwähnt. Diese Unterscheidung ist nicht in der Struktur der beiden Kapitalgesellschaften begründet. § 9 Abs. 1 GmbHG trifft deshalb unvollständige Angaben der Gründer und Geschäftsführer ebenfalls. - Die Verweisung in § 9 Abs. 1 GmbHG auf §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG schreibt genaue Angaben hinsichtlich Einzahlungsmodus und freier Verfügung des Vorstandes vor. Das alles muß ausdrücklich versichert werden ²⁾ und ersetzt Verlautbarungen nach § 54 Abs. 3 (§ 46 Abs. 1) AktG 1965. Angaben zur Einzahlungsstelle werden im GmbH-Recht zwar nicht mit aufgeführt; eine Schädigung der Gesellschaft ist aber in gleicher Weise wie im Aktienrecht treuwidrig. Der Katalog von Angaben, den § 46 Abs. 1 AktG 1965 enthält, kann also § 9 Abs. 1 GmbHG ergänzen.

1) S.o.S. 41 d.A.

2) Liebmann-Saenger, § 82 Anm. 2

III. Mehrheitsrecht

Die angeführten Analogien zu § 46 Abs. 2 - 5 AktG 1965 im Recht der GmbH lassen einen Unterschied unberührt, der die Gründerhaftung nach GmbH-Recht kennzeichnet. - §§ 50, 147 AktG 1965 statten die Ersatzansprüche aus der Gründung als Minderheitenrechte aus. Im Recht der GmbH unterwirft § 46 Nr. 8 GmbHG die Ansprüche aus § 9 Abs. 1 GmbHG sowie andere Ansprüche "aus der Gründung" dem Mehrheitsprinzip.

Es wurde mehrfach vorgeschlagen, diese Ansprüche im GmbH-Recht dem Minderheitenschutz zu unterstellen ¹⁾. Solange der Gesetzgeber diese Regelung nicht eingeführt hat, gilt für diese Ansprüche aus der Gründung de lege lata das Mehrheitsprinzip.

§ 15 Gründerhaftung in anderen Gesellschaftsformen

I. Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Soweit ersichtlich, wurde die zivilrechtliche Haftung der Gründer einer Versicherungsgesellschaft noch nicht erörtert ²⁾. Wenn die Gesellschaft die Rechtsform einer AG hat, ergeben sich keine Schwierigkeiten, da Aktienrecht anzuwenden ist ³⁾. Problematisch ist die Haftung nur bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.

Das Gesetz ⁴⁾ läßt die Gründerverantwortlichkeit unerwähnt. § 134 VAG enthält eine den §§ 399 ff AktG entsprechende Vorschrift ⁵⁾, die eine Strafbarkeit der Gründer bei falschen Angaben aufstellt. - §§ 34 ff VAG verweisen auf zahlreiche

1) Feine, a.a.O., S. 509; Manfred Kühn, GmbHRSch 1965, 132 ff (136)

2) Kisch, a.a.O., S. 56 erwähnt lediglich die Haftung der Gründer gegenüber Dritten nach Deliktsgrundsätzen.

3) Köbele, Diss. jur. Freiburg 1965, S. 61

4) VAG i.d.F. des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1931 (RGBl. I S. 315, 750)

5) Prölß, Komm. VAG, § 134 Anm. 1; Kisch, Versicherungsverein, S. 57

Vorschriften des AktG, lassen jedoch §§ 46 ff AktG 1965 (§§ 39 ff AktG 1937) unerwähnt. Das EGAktG 1965 hat in § 37 eine spezielle Frage des Gründungsrechts - § 22 Abs. 2 VAG: Zahlungsmodus der Bareinlage - zwar teilweise § 54 Abs. 3 AktG 1965 angeglichen. Gleichwohl ist nicht ersichtlich, daß im übrigen Gründungsrecht der AG angewendet werden soll.

Es gibt mehrere Gründe für das Schweigen des Gesetzes und für die mangelnde Aktualität dieser Frage. Einmal bringt die Gründung eines VVaG keine "gefährlichen Abreden" (i.S. d. §§ 26, 27 AktG 1965) mit sich ¹⁾; folglich entfällt das Hauptrisiko einer Schädigung durch Einlagen. Im übrigen ist die Legalitätskontrolle durch die Versicherungsaufsicht so umfassend (§§ 1 ff VAG), daß eine Haftung in ihrer Bedeutung zurücktritt.

Ebenso wie § 46 Abs. 2 AktG muß auch § 46 Abs. 1 für eine entsprechende Anwendung außer Betracht bleiben. Gemäß § 30 Abs. 1 VAG sind Vorstand und Aufsichtsrat anmeldepflichtig. Angaben nach § 46 Abs. 1 scheiden für den VVaG aus.

Eine Gründerhaftung ist deshalb nur nach allgemeinen Grundsätzen möglich. Den Gegenseitigkeitsverein charakterisiert eine enge Verbundenheit der Mitglieder, das "Füreinandereinstehen" ²⁾. Das körperschaftsschädigende Verhalten bei Gründung eines VVaG kann insbesondere darin liegen, daß die Gründer den sog. Gründungsstock nicht wie geplant und verlautbart ausstatten. - Der Gründungsstock muß aber nicht notwendig von den Gründern aufgebracht werden ³⁾. Er besteht außerdem nicht in fest zu bemessenden Anteilen, die den Mitgliedstellen einer AG entsprächen. Der Gründungsstock stellt Schulden des Vereins gegenüber den Mitgliedern auf ⁴⁾. Diese Unterschiede lassen eine Gleichsetzung mit dem Grundkapital einer AG nicht zu.

1) Köbele, a.a.O., S. 34

2) Fromm, Handbuch des Versicherungsrechts, S. 763 r.Sp.; Die Rechtsnatur des Mitgliedschaftsverhältnisses im VVaG ist im übrigen sehr umstritten; vergl. Kisch, a.a.O., S. 153 - 160 mit Nachw.

3) Prölß, a.a.O., § 22 Anm. 3; Mahr, Versicherungswirtschaft, S. 297; Kisch, a.a.O., S. 261

4) Kisch, a.a.O., S. 261

Der Gründungs- oder Organisationsfond dient aber wirtschaftlich der Bereitstellung von Betriebsvermögen ¹⁾. Wenn der Verein die Kosten seiner Entstehung und die ersten Geschäfte wegen Mangel an Substanz nicht bestreiten kann, ist er geschädigt. Die Gründer verstoßen also gegen eine Treupflicht ²⁾, wenn sie das Aufkommen des Gründungsstocks hindern. Für diese Fälle kann nach allgemeinen Grundsätzen eine Haftung in Betracht kommen, ohne daß auf § 46 AktG zurückgegriffen werden müßte.

II. Genossenschaft

Eine Haftung wie in §§ 46 ff AktG 1965 (§§ 39 ff AktG 1937) sieht der BGH ³⁾ für das Genossenschaftsrecht als unbrauchbar an. § 46 habe seine Funktion im Rahmen der Sicherung des Grundkapitals, der Befriedigung von Gläubigern ⁴⁾. Diese Bedeutung komme den Einzahlungen der Genossen nicht zu, die lediglich Mittel für die Genossenschaft bereitzustellen hätten. - Die gesetzliche Fürsorge zur Gläubigersicherung wird im Genossenschaftsrecht in der Hauptsache durch die beschränkte oder unbeschränkte Haftung (Nachschußpflicht) wahrgenommen. Deshalb kann man im Genossenschaftsrecht die Gläubigersicherung nur als einen "Nebenzweck" ⁵⁾ der Einzahlungen durch die Genossen ansehen.

Dregger ⁶⁾ versucht nachzuweisen, daß die Genossenschaft als Körperschaftstyp für Gründungsschwindel ungeeignet sei. Seine Beispiele ⁷⁾ sollen belegen, daß die Nachschußpflicht jeden

1) Prölß, a.a.O., § 22 Anm. 1; Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 106; Fromm, Handbuch, a.a.O., S. 763; Mahr, a.a.O., S. 297

2) Vgl. die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht im VVaG: Köbele, a.a.O., S. 29

3) BGHZ 15 (1955), 66 ff (71)

4) BGHZ 15 (1955), 66 ff (70)

5) BGHZ 15 (1955), 66 ff (71); a.A.: Hauptzweck: Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 106; ähnlich: Fabricius, Rechtsfähigkeit, S. 86

6) Dregger, Vorgesellschaft, S. 26 ff, insbesd. S. 27, 31

7) Dregger, a.a.O., S. 86

Pflichtverstoß zunichte mache. Selbst wenn aber die Nachschulpflicht in Einzelfällen als Ausgleich zu spät kommen sollte, stehen einer Analogie zu § 46 AktG weitere Bedenken entgegen. Die typischen Fälle von Gründungsschwindel des Aktienrechts kommen bei Genossenschaften nicht vor, weil Sacheinlagen oder Sachübernahmen nicht zulässig sind. Es bleibt die Möglichkeit, daß Gründer auf Organe Einfluß nehmen, um der Genossenschaft einen überteuerten Gegenstand zu verkaufen ¹⁾, dessen Preis auf den Geschäftsanteil verrechnet wird. Diese Art der Körperschaftsschädigung ist indessen für das Gründungsstadium nicht typisch ²⁾. Sie wäre nach Eintragung der Genossenschaft ebenfalls möglich.

Die Fälle von Gründungsschwindel können aus allgemeinen Grundsätzen gelöst werden. Bei schuldhafter Annahme eines zahlungsunfähigen Genossen ³⁾ machen sich die Gründer aus culpa in contrahendo ersatzpflichtig ⁴⁾. Da gemäß § 34 GenG die Organe zur Anmeldung verpflichtet sind und der Katalog von Angaben aus § 46 Abs. 1 für das Genossenschaftsrecht nicht verwertbar ist, müssen Schädigungen der Gesellschaft an der Treupflicht von Genossen ⁵⁾ gemessen werden und nach allgemeinen Grundsätzen die Schadensersatzpflicht herbeiführen. Eine Analogie zu § 46 scheidet aus.

§ 16 Entwicklungstendenzen im Gründungsrecht

Wie nur wenige Rechtsgebiete wurde das Aktienrecht zu allen Zeiten vom Streit um seine Reformbedürftigkeit bestimmt. Die Forderung nach Umgestaltung erhebt sich meist schon mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes ⁶⁾. Zur Gründerhaftung hat in

1) Beispiel bei Dregger, a.a.O., S. 28

2) Vergl. § 117 AktG 1965

3) Ein im Erfolg § 46 Abs. 4 vergleichbarer Fall

4) So ausdrücklich: Parisius-Crüger, Komm.GenG, § 15 Anm. 3

5) Dazu Zöllner, a.a.O., S. 336 allgemein; RG, JW 1938, 2019ff (2019 I. Its)

6) Martens, a.a.O., S. 5 Nachw.

letzter Zeit Lutter ¹⁾ Reformvorschläge gemacht. Der Reg.-Entw. 1960 wurde unter Bezugnahme auf Lutter kritisiert ²⁾, da die Vorlage dessen Anregungen nicht Rechnung getragen hat.

Wenn Tendenzen im Gründungsrecht untersucht werden, sollte zunächst auf die zunehmende Einflußnahme des Staates hingewiesen werden ³⁾. Man könnte den Richtlinienentwurf der EWG-Kommision ⁴⁾ anführen, der eine weitgehende Kundmachungs-pflicht bei Gründungen vorsieht.

Bei der Diskussion um die Rechtsform der Unternehmensstiftung dauert die Auseinandersetzung um staatliche Vorsorge gegen Gründungsmißbrauch an ⁵⁾.

Für die Gründerverantwortlichkeit im Aktienrecht verlangte Müller-Erzbach ⁶⁾ eine Gefährdungshaftung. Infolge "unrationalen Bevorzugens des Verschuldensgedankens" ⁷⁾ sei die Risikoverteilung zwischen Gründern und Gläubigern nicht gerecht. Es solle die Gründer eine Einstandshaftung treffen, da sie die Gefahr eines Gründungsmangels beherrschten.

Lutter ⁸⁾ führt von einem anderen Ausgangspunkt Art. 54 Abs.3 lit.g des EWG-Vertrages an, der eine Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts fordert. Seine Untersuchungen stellen die Grundzüge nationaler Gründungsvorschriften der EWG-Staaten gegenüber. Dieser Blickwinkel führt dazu, alle nationalen Institute als verbesserungswürdig anzusehen, die

1) Lutter, a.a.O., S. 536; es ist verwunderlich, daß die Arbeit bei ihrer Themenstellung auf die Rechtsnatur der Gründerhaftung (§ 46) nicht eingeht.

2) Dempewolf, NJW 1965, 485 f (486)

3) Siebel, Beiheft 21 zu ZHR (1954), 15 ff; Schmitthoff, AcP 163 (1964), 50 ff (59) unter Hinweis auf ein international vordringendes Prinzip "Gesamtwirtschaftlicher Verantwortlichkeit"

4) Richtlinienentwurf des Ministerrates der EWG vom 20.2.1964, BB 1964, 326 ff (327)

5) Kersten, Stiftung, S. 128; Goedeler-Ulmer, AG 1963, 328 f (333); Ballerstedt, Gutachten, S. 40 ff, 48 ff.

6) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 96

7) Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, S. 96

8) Lutter, a.a.O.: zum Ausgangspunkt vergl. S. 3 - 25, für Vereinheitlichung ebenfalls: Siebel, a.a.O., S. 15 ff (15,16)

bei Vergleich mit den übrigen EWG-Rechten am meisten isoliert ¹⁾ erscheinen. Lutter ²⁾ kritisiert das deutsche Gründungsrecht in einem Punkte: Es müsse eine ergänzende, von jedem Verschulden unabhängige gesamtschuldnerische Haftung der Gründer für solche Kapitalübernahmen aufgestellt werden, die infolge besonderer Tatbestände (Geschäftsunfähigkeit, Fälschung) entfallen, wenn keine Teilliquidation erforderlich sei. Lutter ³⁾ begründet seinen Vorschlag weiterhin aus dem Risiko- und Veranlassungsgedanken.

Abgesehen von diesen hier nicht näher zu erörternden Fallgruppen wird sich die Frage, ob für die Tatbestände von § 46 das Einstandsprinzip zu fordern ist, allenfalls auf die gefährlichen Abreden (§ 46 Abs. 2) konzentrieren. Diese Fälle geben auch den tieferen Grund ab für die de lege lata verfehlten Versuche, auf dem Wege über die sog. "Kapitaldeckungszusage" ⁴⁾, eine allgemeine Werthaftung bei Sacheinlagen ⁵⁾ oder über eine Erweiterung des Verbotes der Unterpariemission ⁶⁾ neben § 46 eine Garantiehafteung zu erzielen. - Ein weiterer Vorschlag, der dem Sicherheitsbedürfnis der Beteiligten entgegenkommt, liegt darin, eine freiwillige vertragliche Übernahme der Einstandshaftung regelmäßig von den Gründern zu verlangen ⁷⁾. Die Gründer werden freiwillig eine Garantiehafteung jedoch nur in den seltensten (den unproblematischen und klaren) Fällen übernehmen.

Gegen eine Garantiehafteung spricht, daß die objektiv richtige Bewertung von Sacheinlagen schwierig ist, weil sie fachmännische Kenntnisse voraussetzt. Unabhängige Gründungsprüfer gehören deshalb zur gesetzlichen Fürsorge neben der Gesamtkon-

1) Sofern diese Regelungen der von Lutter, a.a.O., angeschlossenen kritischen Würdigung nicht standhalten.

2) Lutter, a.a.O., S. 506; Zusammenfassung: S. 504-506

3) Lutter, a.a.O., S. 505

4) Vergl. oben S.123 f d.A.

5) S.o.S. 129 d.A. Fußnt. 1 angegebene Lit.

6) Herbig, a.a.O., S.127 d.A. Fußnt.3

7) von Godin-Wilhelmi, 2. Auflg., § 20 Anm. 2; Barz in Festschr. für Walter Schmidt, S. 169

trolle des Registergerichtes. Die gerichtliche Prüfung kann sich zudem in Zweifelsfällen gemäß § 126 S. 1 FGG der Organe des Handelsstandes bedienen ¹⁾. Diesem engmaschigen System gesetzlicher Vorsorge sollte man eine Einstandshaftung nicht hinzufügen ²⁾.

Eine so weitgehende Kontrolle und Verantwortlichkeit von Gründern könnte unternehmerische Initiative hemmen. Die Vermehrung staatlicher Legalitätskontrollen ist weniger einschneidend als eine Gefährdungshaftung. Diese Überwachung wirkt sich im eigenen Interesse des Gründers aus und vermeidet das Risiko, auf die scharfe Waffe einer Einstandshaftung zu treffen. Gerade bei Gründungen haben psychologische Faktoren für die Frage der Beteiligung eine große Bedeutung ³⁾. Die größere Gruppe der psychologischen Grundtypen von Kapitalgebern werden vom Verlangen nach einer sicheren Beteiligung geleitet ⁴⁾. Haftungsrechtliche Konsequenzen sind dabei für wirtschaftspolitische Nebenwirkungen oft bestimmend ⁵⁾. Wirtschaftspolitische Rücksichten dieser Art muß der Gesetzgeber bei Regelung privater Interessen nehmen, denn es gibt "keine Neutralität" ⁶⁾ des Aktienrechts, das als wichtiger Faktor in das Wirtschaftsleben eingreift.

Die Sorge der Kritiker unseres Gründungsrechts, die eine schärfere Haftung anstreben, wird durch die Praxis nicht bestätigt; § 46 AktG hat sich als abschreckende Vorschrift bewährt ⁷⁾. Die bestehende Verschuldenshaftung ließ die Zahl

1) Z.B. Gutachten der Industrie- und Handelskammer

2) Aus anderen Gründen ebenso: Lutter, a.a.O., S. 522; Wolany, AG 1966, 148 ff (150 f), der den "Geist des AktG 1965" (a.a.O.S. 151) anführt und die Wertung des Grundgesetzes.

3) Von Wiese und Kaiserswaldau, Einfluß psychologischer Faktoren auf Kapitalbildung, S. 204 ff (206)

4) v. Wiese und Kaiserswaldau, a.a.O., S. 207

5) Katona, Verhalten der Unternehmer, S. 358

6) Mestmäcker, JUS 1963, 417 ff (420)

7) Düringer-Hachenburg, § 202 HGB Anm. 1; Brunner, a.a.O., S. 38; Wiethölter, Gründungskontrolle, S. 226 ff, S. 239; Duden, Juristentag und Aktienrecht, S. 94

von fehlgeschlagenen Gründungen abnehmen und Schwindelgründungen für jeden Unternehmer erkennbar zu einem "schlechten Geschäft" ¹⁾ werden .

1) Schmalenbach, Aktiengesellschaft, S. 90

A n h a n g

Die Entwicklung der Gründerhaftung (1884 - 1960)

- I. Novelle zum ADHGB vom 18. Juli 1884 (RGBI Nr. 22, 123)
-Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien
und die Aktiengesellschaften-

Art. 213 a ADHGB

Der Gesellschaft sind die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie rücksichtlich der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie rücksichtlich der in Art. 209 b ¹⁾ vorgesehenen Festsetzungen behufs Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister machen, solidarisch verhaftet; sie haben unbeschadet des sonst etwa entstehenden Schadens insbesondere einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, welche nicht unter den zu bezeichnen den Gründungsaufwand aufgenommen ist zu ersetzen. Ingleichen sind der Gesellschaft in dem Fall, daß sie von Gründern durch Einlagen oder Übernahmen der in Art. 209 b bezeichneten Art bösllicherweise geschädigt ist, die sämtlichen Gründer für den Ersatz des entstandenen Schadens solidarisch verpflichtet.

Von dieser Verbindlichkeit ist ein Gründer befreit, wenn er beweist, daß er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben oder die böslischen Schädigungen weder gekannt habe, noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes habe kennen müssen.

Entsteht der Gesellschaft durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs ein Ausfall, so sind ihr die Gründer, welche

1) Art. 209 b ADHGB betraf die Festsetzung von Sacheinlagen, Sachübernahmen, Sondervorteilen und Gründungsaufwand.

bei Anmeldung des Gesellschaftsvertrages die Zahlungsunfähigkeit kannten, zum Ersatze solidarisch verpflichtet. Außer den Gründern sind der Gesellschaft solidarisch verpflichtet: ¹⁾

II. Handesgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (RGBl 219)

§ 202 HGB

Der Gesellschaft sind die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, welche sie in Ansehung ³⁾ der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals sowie in Ansehung der in § 186 ²⁾ vorgesehenen Festsetzungen zum Zwecke ³⁾ der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister machen, als Gesamtschuldner verhaftet; sie haben unbeschadet der Verpflichtung des sonst etwa entstehenden Schadens, insbesondere einen an der Zeichnung des Grundkapitals fehlenden Betrag zu übernehmen, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, die nicht unter den zu bezeichnenden Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen. Wird die Gesellschaft von Gründern durch Einlagen oder Übernahmen der in § 186 bezeichneten Art bösslicherweise geschädigt, so sind ihr alle Gründer für Ersatz des entstandenen Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.

Von dieser Verbindlichkeit ist ein Gründer befreit, wenn er die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angabe oder die bössliche Schädigung weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußte.

-
- 1) Die folgenden Absätze der Vorschrift betreffen die sog. Gründergenossenhaftung und sind deshalb nicht mit aufgeführt.
 - 2) § 186 HGB betraf Sacheinlagen, Sachübernahmen, Sonder Vorteile und Gründungsaufwand.
 - 3) Die mit durchbrochener Linie unterstrichenen Teile des Gesetzes weisen in der sprachlichen Fassung eine Änderung zur vorhergehenden Vorschrift (hier: ADHGB) auf. Bei inhaltlicher Änderung wird mit durchgehender Linie unterstrichen.

Entsteht durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs der Gesellschaft ein Ausfall, so sind ihr die Gründer, welche die Beteiligung des Aktionärs in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben, als Gesamtschuldner zum Ersatze verpflichtet.

III. Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 (RGBl I 107)

§ 39 AktG 1937

Die Gründer sind der Gesellschaft als Gesamtschuldner verantwortlich für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die zum Zwecke der Gründung der Gesellschaft über Übernahme der Aktien, Einzahlung auf die Aktien, Verwendung eingezahlter Beträge, Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen gemacht worden sind; sie sind ferner dafür verantwortlich, daß eine zur Annahme von Einzahlungen auf das Grundkapital bestimmte Stelle (§ 49 Abs. 3) hierzu geeignet ist, namentlich die eingezahlten Beträge zur freien Verfügung des Vorstands stehen. Sie haben, unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatz des sonst entstehenden Schadens, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen.

Wird die Gesellschaft von Gründern durch Einlagen, Sachübernahmen oder Gründungsaufwand vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit geschädigt, so sind ihr alle Gründer als Gesamtschuldner zum Ersatz verpflichtet.

Von diesen Verpflichtungen ist ein Gründer befreit, wenn er die die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns kennen mußte.

Entsteht durch Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs der Gesellschaft ein Ausfall, so sind ihr zum Ersatz als Gesamtschuldner die Gründer verpflichtet, die die Beteiligung des Aktionärs in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit angenommen haben.

Neben den Gründern sind in gleicher Weise Personen verantwortlich, für deren Rechnung die Gründer Aktien übernommen haben. Sie können sich auf ihre eigene Unkenntnis nicht wegen solcher Umstände berufen, die ein für ihre Rechnung handelnder Gründer kannte oder kennen mußte.

IV. Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl I S. 1089)

§ 46 AktG 1965

Die Gründer sind der Gesellschaft als Gesamtschuldner verantwortlich für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben, die zum Zwecke der Gründung der Gesellschaft über Übernahme der Aktien, Einzahlung auf die Aktien, Verwendung eingezahlter Beträge, Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahme gemacht worden sind. Sie sind ferner dafür verantwortlich, daß eine zur Annahme von Einzahlungen auf das Grundkapital bestimmte Stelle (§ 54 Abs. 3)¹⁾ hierzu geeignet ist und daß die eingezahlten Beträge zur freien Verfügung des Vorstands stehen. Sie haben unbeschadet der Verpflichtung zum Ersatz des sonst entstehenden Schadens, fehlende Einzahlungen zu leisten und eine Vergütung, die nicht unter den Gründungsaufwand aufgenommen ist, zu ersetzen.

Wird die Gesellschaft von Gründern durch Einlagen, Sachübernahmen oder Gründungsaufwand vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit geschädigt, so sind ihr alle Gründer als Gesamtschuldner zum Ersatz verpflichtet.

Von diesen Verpflichtungen ist ein Gründer befreit, wenn er die die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen weder kannte noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes kennen mußte.

Entsteht der Gesellschaft ein Ausfall, weil ein Aktionär zahlungsunfähig oder unfähig ist, eine Sacheinlage zu leisten, so sind ihr zum Ersatz als Gesamtschuldner die Gründer verpflichtet, welche die Beteiligung des Aktionärs in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit oder Leistungsun-
1) Gleicher Wortlaut wie § 49 Abs. 3 AktG 1937

fähigkeit angenommen haben.

Neben den Gründern sind in gleicher Weise Personen verantwortlich, für deren Rechnung die Gründer Aktien übernommen haben. Sie können sich auf ihre eigene Unkenntnis nicht wegen solcher Umstände berufen, die ein für ihre Rechnung handelnder Gründer kannte oder kennen mußte.

Lebenslauf

Am 31. August 1939 wurde ich als Sohn des damaligen Majors Albert Schürmann und seiner Ehefrau Gertrud geb. Meyer in Hannover geboren. Meine Kindheit verbrachte ich in Habighorst bei Bünde (Westf.). Nach dem Kriege war mein Vater als Verbandsgeschäftsführer in Osnabrück tätig. Hier besuchte ich von 1950 an das Ratsgymnasium. Nach der Reifeprüfung am 18. Februar 1959 studierte ich seit dem Sommersemester 1959 an der Philipps-Universität in Marburg Rechtswissenschaft. Im Sommersemester 1961 wechselte ich zur Universität Göttingen. Vom Wintersemester 1961/1962 bis zum Wintersemester 1962/1963 setzte ich mein Studium an der Westf. Wilhelms-Universität Münster fort.

Am 2. Februar 1964 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm (Westf.) die 1.+juristische Staatsprüfung ab. Seither bin ich als Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg tätig.

